



**XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA
Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016**

**¿ABORTO PUNIBLE O NO PUNIBLE? APROXIMACIONES TEÓRICAS,
CASOS Y OPINIONES EN CÓRDOBA.**

Autores:

- Azcona, Noelia¹. Universidad Nacional de Córdoba. *E-mail*: noelia.azcona@gmail.com
- Soria García, Romina². Universidad Nacional de Córdoba. *E-mail*: rominasoriagarcia@gmail.com
- Guiguet, Valeria Cecilia³. Universidad Nacional de Córdoba.

Comisión N° 3: Delitos y control social.

Resumen (150-250 palabras): El aborto trae consigo la controversia entre el derecho a la vida, y el derecho a la autonomía de la voluntad de la mujer. En nuestro país, la práctica es ilegal, es un hecho social penalizado, se castiga a la mujer y a quienes la ayuden a realizarla. En cinco países de Latinoamérica está totalmente prohibido, sin embargo en los restantes doce, existen excepciones para realizarlo.

En Argentina sólo se contemplan dos excepciones a la ilegalidad del aborto.

Se propone un análisis del aborto no punible desde la dogmática jurídica, así como de la más reciente jurisprudencia de la ciudad de Córdoba y los criterios de interpretación de la Corte Suprema de la Nación. Luego indagar sobre las normas que rigen la actuación médica, como los protocolos de actuación. Ello a fin de conocer el control social dado por el contexto normativo y reglamentario en la práctica abortiva, en tanto que fijan los

¹ Co directora de proyecto de investigación en curso, Especialista en Derecho Penal (UB), Profesora Ayudante A en la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo (UNC), Oficial Auxiliar en el Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Pertenencia institucional al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC). Teléfono: 0351-157013909. DNI: 28.343.713.

² Integrante del equipo de investigación. Abogada (UNC). Tesista en Maestría en Sociología Jurídica (CEA). Adscripta en Derecho Penal II, cátedra B (UNC). Profesora Adjunta interina en la cátedra de Metodología de la Investigación en Facultad de derecho (UCC), Auxiliar en el Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Pertenencia institucional al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC). Teléfono: 0351-155214387.

³ Integrante del equipo de investigación. Abogada (UNC). Titular de cátedra en “Fonoaudiología legal”, Facultad de Ciencias Médicas (UNC). Secretaria del Juzgado de 1era nominación, secretaria N° 1 de la tercera circunscripción judicial, Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Email: valeriaguiguet@hotmail.com, DNI: 26-612-403.



límites de la responsabilidad penal. Así mismo se darán resultados de una investigación de campo cuantitativa sobre la legalidad o no del aborto.

Summary in english: The abortion brings the dispute between the right to life and the right to autonomy of women. The practice is illegal, it is a social fact penalized, women are punished and those who help them do it. In five Latin American countries it is totally prohibited, but in the remaining twelve, there are exceptions to realize it.

In Argentina only two exceptions to the illegality of abortion are contemplated.

they are the ones from the medical sciences and legal sciences: A social actors taking as students two key races degree in decision-making phenomenon under study analysis is proposed. The methodology will be through surveys to determine the positioning of young people today, future professionals of tomorrow. Participation was anonymous and voluntary.

Palabras clave: derecho a vivir- autonomía de la voluntad- aborto- estudiantes – abogacía – medicina.

Key words: life right-free will - abortion – students- law- medicine



I- INTRODUCCIÓN

El aborto trae consigo la controversia entre el derecho a la vida, y el derecho a la autonomía de la voluntad de la mujer. En nuestro país la práctica es ilegal, es un hecho social penalizado, se castiga a la mujer y a quienes la ayuden a realizarla. En cinco países de Latinoamérica está totalmente prohibido⁴, sin embargo en los restantes doce⁵, existen excepciones para realizarlo. En Argentina el aborto está penalizado, ello a partir del artículo 85 del Código Penal, contemplándose sólo dos excepciones a la ilegalidad (art. 86 inc. 1º: si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios., inc. 2º: si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto).

Así las cosas a nivel legislativo (tesis), se abre un universo de antítesis por la realidad imperante en nuestro país, principalmente por la desnaturalización de la norma a nivel jurisprudencial. Procuramos lograr una síntesis, indagando sobre la calidad de punible (o no) del aborto en los hechos y conociendo el posicionamiento en el tema de un cierto grupo social (estudiantes universitarios). Así intentamos descifrar un controvertido tópico que toca cuestiones no sólo jurídicas sino también de política criminal, filosóficas, sociológicas, psicológicas y culturales, coexistiendo incluso distintas realidades en las provincias argentinas.

Comenzamos analizando lo dicho por el profesor Guillermo Yacobucci quien nos enseña que:

“...la pena significa que la norma sigue vigente a pesar de los hechos que la han puesto en crisis, es decir, a pesar del delito, que expresa un modo de configurar el mundo diverso al normativamente expresado... así el delito es un hecho que significa la desautorización de la norma, un ataque a su vigencia y la pena también es expresión de significado; significa que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto la configuración de la sociedad...”⁶.

Lejos estamos (ni es nuestro objetivo) plantear el tema desde una óptica deontológica o moral, lo que nos proponemos indagar es el delito del artículo 85 y ss. del Código

⁴Los países en los que está totalmente prohibido el aborto son: Chile, Venezuela, Nicaragua, Honduras y Guatemala.

⁵ Belice, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Haití, República Dominicana, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Paraguay, y Argentina.

⁶Yacobucci, G. “El sentido de los principios penales”, Editorial B de F, Buenos Aires, año 2014, p. 33.



Penal ha sufrido alteraciones desde lo social, cuestionamiento que aflora en el ámbito jurisprudencial, al haber fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2012 en franca oposición a lo establecido en un Código de fondo⁷.

Así vemos que **quizás** –en términos de Yacobucci, *contrario sensu*- la norma **no** siga vigente **sin** modificaciones, al **no** haberse mantenido la configuración de la sociedad.

Desde esta óptica es que nos interesa conocer qué piensan los estudiantes de las carreras de Medicina y Abogacía de la ciudad de Córdoba (Universidad Nacional y Universidad Católica), puesto que son los futuros profesionales de dos carreras claves en el control social del aborto, y saber qué actitud tienen las nuevas generaciones en una temática tan delicada nos resulta información socialmente relevante. El trabajo de campo se llevó a cabo a través de encuestas, utilizando un formulario predeterminado, el cual cada alumno encuestado respondió de forma voluntaria y anónima.

II- APROXIMACIONES TEÓRICAS

En esta sección de presente trabajo se utilizaron como base los libros clásicos de derecho penal, y siguiendo sobre todo la doctrina de Andrés José D´Alessio, quien en su Código Penal comentado realiza una brillante síntesis de la temática en la actualidad⁸.

Comenzamos haciendo un estudio de la legislación vigente:

ARTÍCULO 85: El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Jurídicamente se entiende que el aborto consiste en matar al feto. Esta muerte puede ser causada por la madre (art. 88 C. Penal) o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno.

⁷Tema que será específicamente abordado en el punto 3 del presente trabajo.

⁸D´Alessio Andrés José, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Editorial La Ley, 2da edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, año 2009, tomo II, pp. 59-74.



Las figuras de aborto que se verán a continuación requieren de tres elementos que les son comunes: 1) una mujer embarazada, 2) u feto que esté con vida al momento de la acción, y 3) que la muerte de éste se produzca debido a esa acción.

El aborto afecta esencialmente la vida del feto, aunque también se tiene en cuenta el riesgo que la maniobra abortiva implica para la vida de la madre.

La tutela de la vida del feto no sólo surge del Código Penal sino que con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales surge que el derecho a la vida debe respetarse desde la concepción. Así vemos que el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 6.1: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*. Por su parte, la Convención americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 4.1: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. De lo dicho se desprende que si hubiere una norma que favorezca el aborto sin discriminar los casos de excepción (lo que D’Alessio llama “indiscriminado”) caería fácilmente al casillero de la inconstitucionalidad.

Otro tema a puntualizar es que la doctrina es conteste en interpretar que la concepción extrauterina o in vitro no está comprendida en la protección de los tipos penales que estamos analizando.

En cuanto al comienzo de la protección jurídica por parte del Código Penal, existen dos teorías que marcan momentos biológicos distintos, a saber: a) **teoría de la fecundación**: desde que el óvulo está fecundado, es decir incluso antes de la nidación en el útero materno; y b) **teoría de la nidación**: desde que se produce la fijación del óvulo ya fecundado en las paredes del útero materno.⁹

En cuanto al sujeto activo se puede decir que el delito de aborto puede ser cometido por cualquier persona, salvo las figuras específicas de los arts. 86 y 88 que se analizarán más adelante. Sujeto pasivo es siempre un feto, y va de suyo que es imprescindible que el mismo esté con vida dentro del seño materno. También se incluye en el sujeto pasivo

⁹ Existe un precedente jurisprudencial en relación a esta delicada diferenciación. Así la CSJN se mostró afín a la primera de las teorías al prohibir la fabricación, distribución y comercialización de la mal llamada “pastilla del día después” por considerarla abortiva al impedir el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno. (CSJN, 03/05/2002, “Portal de Belén – Asociación civil sin fines de lucro c/ M.S. y A.S.”).



en algunos artículos del Código Penal a la madre, en cuanto a su vida pero también en cuanto a su libertad, procurando que no sea sometida sin su consentimiento a los riesgos de las maniobras abortivas. Ante la ausencia de consentimiento de la madre, la pena es mayor porque no sólo se estaría protegiendo la vida del feto sino también la libertad de la madre y su derecho a la maternidad.

La acción típica es matar al feto dentro del seno materno o al provocar su expulsión (lo que por su inmadurez implica no supervivencia). Sólo puede practicarse la acción típica en el cuerpo de una mujer embarazada.

Para que haya relación causal, la muerte del feto debe ser consecuencia directa de la acción del sujeto activo. Si naciera con vida y la muerte se causa por un acto posterior al nacimiento ya estamos ante un homicidio.

Se trata de un delito doloso, estando dividida la doctrina en relación a la posibilidad de dolo eventual¹⁰.

La tentativa sólo está contemplada en relación a las prácticas abortivas de terceros, ello cuando por circunstancias extrañas al autor no se logró producir el resultado muerte del feto. La tentativa en relación a la madre está expresamente excluida (art. 88 *in fine*). Si se intentó practicar el aborto por una maniobra inidónea, estamos ante un delito imposible. Y si se hizo el aborto estando ya muerto el feto, sería un caso de atipicidad por ausencia de sujeto pasivo.

Como dice la última parte del artículo, si al aborto le sigue la muerte de la mujer estamos ante un agravante de resultado que eleva al máximo de la pena hasta quince años. La doctrina está dividida en este punto, porque hay quienes consideran que el deceso de la mujer es un resultado preterintencional (consecuencia del aborto) y que no debió estar en el dolo de su autor. Mientras tanto otros autores (entre los que se incluye Edgardo Alberto Donna) consideran que se admite el dolo, incluso eventual y que hay concurso (ideal) de delitos: homicidio y las figuras básicas de aborto. Va de suyo que la agravante sólo se aplica si el aborto efectivamente se concretó. Otro caso sería que la madre falleciera pero sin haber logrado el éxito del aborto, habiendo sobrevivido el feto, así estaríamos –a criterio del maestro Soler- ante un homicidio culposo y tentativa de aborto.

¹⁰ Por ejemplo el que intentando adelantar la expulsión del feto (nacimiento) acepta la posibilidad de la muerte del feto.



El segundo inciso del art. 85 se diferencia porque el sujeto activo aquí obra con **consentimiento de la mujer embarazada**. El consentimiento debe ser expreso, válido y libremente expresado. No es válido el consentimiento prestado por los padres, tutores o curadores, haciendo alusión el Código Penal solamente a la mujer embarazada.

Bien podría pensarse que se está ante un caso de co-autoría, pero al estar las prácticas abortivas enteramente a cargo de un tercero, el Código Penal lo pune autónomamente en el art. 88¹¹.

El consentimiento puede ser retractado hasta el momento inmediato anterior a la consumación (desistimiento voluntario), lo cual es impune. Si el tercero continúa las prácticas a pesar de la retractación, obra ya en virtud del inc. 1º.

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

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

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

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La enumeración de profesionales que hace el Código Penal es taxativa: médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su ciencia o arte (de sus conocimientos específicos) con la finalidad de causar un aborto, o presten colaboración para ese fin. Es la misma escala penal para quien es autor y quien es partícipe¹².

No están contemplados aquí los casos que la misma ley autoriza a practicar abortos, siendo los profesionales enumerados los que tienen a cargo dicha tarea. Tampoco está incluida la posibilidad de una mala praxis profesional que desencadena un aborto pero

¹¹ Art. 88 del Código Penal: Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

¹² Molinario explica esta excepción a los principios generales de la participación criminal de forma muy acertada: obedece a razones de política criminal, relacionadas con el rol que la sociedad confía a quienes ejercen la medicina (Molinario, Alfredo, "Los delitos", tomo I, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 210).



por negligencia, imprudencia o impericia, puesto que el aborto culposo no está previsto por la ley penal y queda al margen de la punibilidad.

Aborto terapéutico (inc. 1)

Es una causa de justificación específica. Se exige que haya un conflicto de intereses entre la vida de la madre y del feto, que sólo puede ser resultado con la muerte de éste. La solución que la ley considera la menos perjudicial ante la colisión de bienes jurídicos es la muerte del feto por resultar la vida de la madre más valiosa, pero en consonancia con el respeto a los derechos a la maternidad se reconoce -sólo a ella- la opción entre su propia vida y la del hijo.

Tres requisitos: **1) particular calidad de agente:** médico diplomado en medicina con título habilitante. **2) consentimiento de la mujer embarazada:** sólo ella puede prestarlo, sin estar la posibilidad de ser suplido por ninguna otra persona. Si la mujer está física o mentalmente imposibilitada, y el médico actúa practicando el aborto (decide él) la acción queda igualmente impune por haber actuado en un estado de necesidad, pero no queda comprendida en el artículo que estamos analizando sino en el art. 34 inc. 3 del Código Penal. **3) una especial finalidad:** evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre, y siempre que no haya otros medios para resolverlo.

Si bien la ley es clara, la casuística es amplia, y tanto en derecho como en medicina los recursos teóricos se ponen en jaque en cada caso específico resultando mares de tinta para uno u otro costado. Así resultó un controvertido fallo de la CSJN en el que la madre solicitó un aborto eugenésico por ser su feto anencefálico y no tener posibilidad alguna de vida extrauterina. El máximo tribunal argentino falló a favor de la madre señalando que cobraban vital importancia los derechos de la madre en relación a la protección de su salud psicológica y física (reconocidos en tratados internacionales con jerarquía constitucional); pero no faltaron votos en disidencia que velaban por la defensa del feto como persona por nacer y con derecho a vivir durante todo el tiempo que la naturaleza lo permita¹³.

Aborto eugenésico (inc. 2)

La doctrina se encuentra dividida en la interpretación de este inciso. Hay quienes hacen una lectura más reducida y lo circunscriben a los casos de abuso sexual de una mujer idiota o demente; en cambio otros lo amplían a todo tipo de violación. Los primeros se

¹³ CSJN, 07/12/2001, "B.A.", DJ, 2001-1, 945.



justifican en la sintaxis del inciso y privilegian la voluntad del legislador de reducir al máximo los casos de abortos impunes. En cambio los segundos reivindican la libertad de concepción y enfatizan en que hay registros en que ese día en la expresión de motivos del Senado de la Nación se hizo referencia expresa a los casos de abusos sexuales cometidos durante la segunda guerra mundial, entre otros motivos.

Como requisitos específicos de la figura tenemos que tiene que ser practicado por un médico con título habilitante, y que debe haber consentimiento (de la mujer o de su representante legal en caso de que sea idiota o demente).

ARTÍCULO 87: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

También en este punto los autores están divididos. Hay quienes lo consideran un delito preterintencional (Soler), mientras que otros lo ven al aborto abarcado por el dolo eventual del autor (Donna).

Como elementos del tipo se exige: **1) violencia:** energía física dirigida intencionalmente a dañar a la mujer, y no al feto. Abarca cualquier clase de traumatismo o malos tratos, siempre que sean dolosos. **2) causación del aborto:** la figura requiere que la utilización de esa violencia desencadene la muerte del feto, se busca una relación causal entre las dos circunstancias. **3) conocimiento del embarazo:** es un requisito subjetivo del tipo, sólo sabiendo del embarazo es que el autor puede prever el resultado muerte del feto puesto que mal puede preverse la destrucción de algo que se ignora que se existe.

ARTÍCULO 88: Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

El sujeto activo sólo puede ser la propia mujer embarazada, y el pasivo el feto.

La acción típica puede consistir en causar el propio aborto, o bien consentir que un tercero la cause.

Si la mujer cuenta con ayuda para llevar a cabo la acción típica, los restantes ingresan en las reglas de la participación de los arts. 45 y 46 del C. Penal, salvo que fuesen médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos: a ellos se les prevé la coautoría por el art. 86.



No es punible el comienzo de ejecución con el simple consentimiento sino por las maniobras ejecutadas por el tercero. Puesto que el consentimiento puede ser retractado hasta último momento, y la figura no admite tentativa.

Es un delito doloso, de dolo directo que requiere un resultado: muerte del feto.

III- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. EL DERECHO A LA MATERNIDAD

Eva Giberti expresa "*definir la madre, tarea imposible para mí. Quizás sea ésta la palabra más libinidizada de nuestra cultura, la cual nos impide acceder al concepto de madre con un mínimo de subjetividad*"¹⁴.

Por eso frente a la cuestión del aborto no punible es difícil ser objetivo cuando se debe abordar por un lado los derechos de la madre -de quien ha concebido a su hijo aún por nacer-, y por otro, los derechos del niño cuya vida (intrauterina) es evidente. En conclusión, el derecho a la salud de la madre debe armonizarse con el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud de los embriones y/o ovocitos pronucleados; afirmación que responde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵ según la cual los derechos constitucionales no son absolutos ni pueden actuar de forma aislada, toda vez que conforman un completo de operatividad concertada, debiendo rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional requiere la sustancial aniquilación de otro, señalando que la adecuada interpretación de los derechos constitucionales es aquello que concilia armónicamente los derechos en juego en cada caso¹⁶.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el recurso extraordinario incoado en los autos caratulados "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" con fecha 13 de marzo de 2012, por unanimidad y por el voto conjunto del Presidente Lorenzetti, de la

¹⁴Giberti, Eva, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 2001, pág. 127.

¹⁵ Se puede leer en varias sentencias de la Corte Suprema la siguiente afirmación de claro contenido personalista: " El tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos, 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 316:479, votos concurrentes).

¹⁶ Alfonso Santiago - Jerónimo Lau, El derecho a la vida de las personas por nacer y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un interesante fallo de la Cámara Federal de Salta, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año V, Número 9, Octubre de 2013, págs. 240/241.



Vicepresidenta Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G, de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del *nasciturus*, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut.

La C.S.J.N aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse. Esto teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

En este caso, la menor fue víctima de abuso sexual y el hijo que esperaba era su padrastro. De esa manera, se estableció que la violación es una causal de aborto no punible y que para acceder a la práctica sólo es necesaria la declaración jurada de la mujer, sin necesidad de judicializar los casos.

Siguiendo los lineamientos establecidos por la Nación y la C.S.J.N., la provincia de Córdoba en el año 2012 actualizó y elaboró la "Guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible". Inmediatamente la Asociación Portal de Belén presentó una acción de amparo planteando la inconstitucionalidad de dicho Protocolo -suspendido desde aquella fecha-, que en primera instancia fue admitida¹⁷, siendo posteriormente ratificada por la alzada.

Así, la Cámara Tercera de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba en autos caratulados "Portal de Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Apelación" con fecha 21.03.2013 diciendo: *"Lo dicho pone de manifiesto que la Provincia de Córdoba, no sólo tiene atribuciones para fijar sus propias políticas en materia de salud conforme a su propia Constitución, con sus principios y valores, sino que -además- claramente lo ha hecho con un criterio que*

¹⁷ Sentencia N° 259 dictada por el Juzgado de Primera Instancia y 30° Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, a cargo del Dr. Federico Ossola.



compatibiliza razonablemente los derechos e intereses de ambos extremos del conflicto, con miras al logro del bien común. En consecuencia, mal podría sostenerse que el contenido de una norma del Código Penal o su interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiera tener la virtualidad de dar por tierra con todo el orden jurídico de la Provincia."

Dicho pronunciamiento fue casado por ante el máximo tribunal de la provincia, quien a la fecha aún no se ha expedido al respecto; pero pareciera haber sentado su postura cuando se expidió aceptando el argumento del fallo del Portal de Belén en abril de este año cuando ordenó la publicación de edictos gratuita por la falta de fondos alegada por el grupo católico en relación a la orden de publicitar en tres diarios de la Provincia para que en el término de quince días se convoque a "amigos del Tribunal" para que personas con "reconocido experiencia" en la materia se expresen fundadamente sobre la "Guía de Procedimientos para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible"¹⁸.

Según el T.S.J., su convocatoria busca garantizar el equilibrio entre la participación ciudadana y el debido proceso judicial, en una materia "delicada y trascendente".

Las opiniones de los "amigos del tribunal" no son vinculantes, pero le servirán al T.S.J. para resolver el recurso de casación planteado por el Gobierno provincial (demandado), en contra del fallo de la Cámara Tercera que declaró inconstitucional el Protocolo antes aludido por vulnerar los derechos de los menores por nacer, protegidos por la Constitución Nacional, por la Convención de los Derechos del Niño y por la Constitución de la Provincia de Córdoba; apartándose así del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, en cuanto a derecho internacional se refiere, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) falló en el año 2007 a favor de una mujer, a quien los médicos de un hospital peruano le impidieron que abortara a una niña anencefálica (sin cerebro y sin cráneo) en el año 2001. La entonces adolescente tenía 17 años, siendo obligada a dar a luz a la niña, pese a que los médicos sabían que no iba a sobrevivir. Efectivamente falleció a los cuatro días. Durante ese corto tiempo, la joven amamantó a su bebé, sufriendo trastornos atroces por dar de

¹⁸<http://www.diarioalfil.com.ar/2016/04/26/tsj-cedio-y-sera-gratis-difusion-en-caso-por-aborto-no-punible/>



lactar a un niño condenado a morir, cayendo en una profunda depresión, debiendo el Estado Peruano indemnizarla¹⁹.

Así también, y en un caso diferente, en el año 2011 el mismo estado ha sido sancionado por una situación similar. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), organismo de las Naciones Unidas, ha sancionado al Perú por violar los derechos humanos de una adolescente que requería los servicios de aborto terapéutico para salvaguardar su salud. Se trata de una adolescente que tenía 13 años cuando fue violada por un sujeto de 40. Al enterarse de su embarazo, la muchacha intentó suicidarse lanzándose desde el techo de su casa. Ello le provocó lesiones que requerían ser tratadas mediante una cirugía. Sin embargo, los médicos del hospital Carrión, del Callao, se negaron a realizarla, quedando parapléjica.

La sanción consiste, explicó Guerrero, en que el Estado debe otorgarle a la joven una reparación tanto económica como moral y asumir los gastos de su rehabilitación. Pero eso no es todo. El comité también señala una serie de medidas que deben ser implementadas en el país para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos de todas las mujeres del país.

Por ejemplo, se ordena al Estado peruano “establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico revisando su interpretación restringida del mismo”, así como “adoptar directrices o protocolos para garantizar la disponibilidad y el acceso de servicios públicos de salud reproductiva para las/los adolescentes” y también “revisar la legislación que criminaliza a las mujeres que interrumpen sus embarazos producto de una violación”²⁰.

IV- PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE UN TRABAJO DE CAMPO

Los resultados de una investigación de campo cuantitativa sobre la legalidad o no del aborto realizado en base a entrevistas anónimas y voluntarias en alumnos de las carreras de Abogacía y Medicina de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba. Habiendo logrado una muestra de 1104 alumnos, de

¹⁹ <http://villanuevandres.blogspot.com.ar/2007/03/anencefalia-y-aborto-el-caso-peruano-de.html>

²⁰ <http://larepublica.pe/08-11-2011/sancionan-al-peru-por-negar-aborto-adolescente>.



los cuales 552 fueron futuros abogados (276 de la U.N.C. y 276 de la U.C.C.), y 552 estudiantes de Medicina (276 de la U.N.C y 276 de la U.C.C.).

En el siguiente cuadro se muestra la lista de ítems que contestaron todos los alumnos, habiendo respondido indicando el número 1, 2, 3 ó 4, en función de la actitud que ellos tenían frente a la afirmación. Siendo el número 1 un total desacuerdo, el número 2 un desacuerdo relativo, el número 3 un acuerdo relativo y finalmente el número 4 implica un fuerte acuerdo con la afirmación por parte del alumno encuestado.

En función a los resultados descriptivos de las frecuencias -expresados en porcentajes-, ordenamos de mayor a menor los casos en que los entrevistados están en **desacuerdo con la despenalización del aborto**. Así pudimos identificar un número de casos en los que los estudiantes se sintieron en **contra del aborto**. El método implementado es el indagar bajo la premisa que el encuestado imagine el hipotético caso planteado, y diga libremente (sin condicionamientos de ningún tipo puesto que la encuesta es anónima, voluntaria y no está sujeta a ningún tipo de corrección posterior) si en ese escenario él/ella se considera en acuerdo o desacuerdo, es decir cuál es su posicionamiento en el tema bajo las siguientes razones.

¿En qué caso opinas que el aborto debería estar despenalizado? Cuando...	Desacuerdo
53. La mujer es soltera, quedó embarazada y el futuro padre no quiere casarse	75.00%
45. La mujer es soltera, quedó embarazada y ella no quiere casarse	73.55%
41. La mujer o la pareja no quiere/n más hijos	67.39%
47. La mujer no desea tener hijos	67.03%
43. La familia tiene imposibilidad económica para hacerse cargo de un nuevo hijo	61.78%
49. La mujer teme ladeformidad del feto	61.41%
51. La mujer es menor de edad	52.54%
52. La mujer tiene Sida	48.46%
42. El embarazo es resultado de un incesto	40.76%
46. Existen evidencias de deformidad en el feto	43.93%

Se advierte del cuadro precedente, la gran mayoría – más del 67 %- que está en contra de la realización del aborto cuando la mujer no “quiere o no desea” tener el hijo.



Casi el 62% está en contra cuando la imposibilidad de tener otro hijo es económica. La deformidad del feto es otra de las causales que tampoco cede ante la punibilidad del aborto, tanto con el temor, como la evidencia de la deformidad tienen un alto grado de desacuerdo con la despenalización del aborto.

El 52% está en contra de la práctica cuando el motivo es que la mujer sea menor de edad. Los casos en que la mujer tiene sida, tampoco es un motivo que estén de acuerdo para habilitar un caso de aborto no punible (48%). Lo mismo cabe para los casos que sean resultado de un incesto (43%).

Por otro lado, agrupamos otras variables en las que pudimos detectar que los alumnos encuestados están **de acuerdo con la despenalización del aborto**, bajo los siguientes supuestos y situaciones:

Esto es a **favor cuando**.

50. El embarazo es resultado de una violación	45.29
44. Peligra la vida de la mujer	43.75
48. Peligra la salud de la mujer	34.42
40. La mujer es débil mental	32.70

Es sorprendente la coincidencia de los resultados de las actitudes de los estudiantes con la regulación del Código Penal, ya que están de acuerdo con la despenalización en los casos de que el embarazo sea producto de una violación, como así también cuando peligra la vida de la mujer, viendo un reflejo vivo del art. 86 inc 1 y 2 del Código Penal.

V- CONCLUSIONES.

Luego de estudiar en profundidad el tema en su estado actual a nivel legislativo y jurisprudencial, y viendo los resultados arrojados por las encuestas, concluimos que el estado argentino está limitado al haber incorporado los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el año 1994 (y darles jerarquía constitucional), *ergosi* se planteara legislativamente cambiar el sentido social del aborto como institución (es decir pasarlo de punible a no punible) ello redundaría en acciones de inconstitucionalidad y un anacronismo jurídico.

Pero consideramos que en este momento de la sociedad argentina el debate sigue abierto, y no existe una postura sólida que respalde un cambio legislativo así de radical. Lo hecho por los máximos tribunales es contenedor de situaciones puntuales, búsquedas



de ejercicio de la libertad en relación al propio cuerpo de forma particular, pero no una necesidad social global.

Observando los resultados de las actitudes de jóvenes abogados y médicos, podríamos decir que se da cierta coincidencia entre la punibilidad del aborto dada en la normativa, y las creencias manifestadas en los estudiantes. Vemos que en los casos en que estuvieron a favor del aborto fue porque el embarazo fue producto de una violación. Si en el código penal, en los casos de violación establece que sea una mujer idiota o demente, la Corte Suprema ya dijo que es un derecho de cualquier mujer, aplicándose para todas las mujeres iguales. Otro de los casos en que están de acuerdo es cuando peligra la vida de la mujer. Es decir que coincide la legislación con el termómetro social en el tema.

No advertimos que haya ningún desfase entre las normas jurídicas de control social del aborto, con lo que opinan los estudiantes de derecho y medicina, futuros médicos y abogados que tendrán a su cargo la realización de estos derechos.

Volviendo al planteo preliminar, y siguiendo las palabras de Yacobucci, vemos que la norma sigue vigente sin modificaciones sustanciales, al haberse mantenido la configuración de la sociedad en el tema bajo estudio.

VI- BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO Santiago – LAU Jerónimo, *El derecho a la vida de las personas por nacer y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un interesante fallo de la Cámara Federal de Salta*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año V, Número 9, Octubre de 2013.
- ANGENOT Marc, (2010) *El discurso social, los límites históricos de lo pensable y lo decible*. Editorial siglo XXI, Buenos Aires.
- BOURDIEU, Pierre (1990) “Espacio social y génesis de las ‘clases’”. Sociología y cultura, Consejo Nacional para la cultura, México DF.



- CASTORIADIS Cornelius, (1999), *la institución imaginaria de la sociedad*, Tus Quets editores, Buenos Aires.
- CASTORIADIS Cornelius, (2006), *El imaginario radical*, ediciones Nueva Visión, Buenos Aires.
- D´ALESSIO Andrés José, (2009), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2da edición actualizada y ampliada.
- DONNA Edgardo Alberto, (2011), *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. RubinzalCulzoni.
- DWORKIN Ronald, (1994) *El dominio de la vida*, Editorial Ariel S.A., Barcelona.
- GIBERTI Eva, *Adopción para padres*, (2001), Buenos Aires, Lumen Humanitas.
- MAFFÍA Diana, “*Aborto no punible: ¿Qué dice la ley argentina?*” en Susana Checa (comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género Universidad de Buenos Aires, Paidós, 2006. ISBN 950-12-4537-3.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, (1996), Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- VASILACHIS DE GIALDINO Irene, 2006, “*Estrategias de investigación cualitativa*” Barcelona, Ed. Gedisa S.A.
- YACOBUCCI, Guillermo, 2014, “*El sentido de los principios penales*”, Buenos Aires, Editorial B de F.