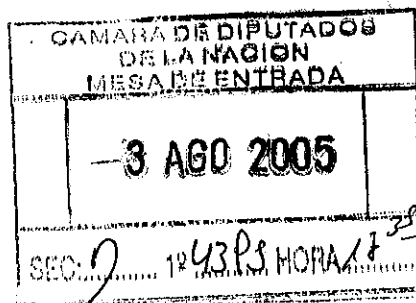




H. Cámara de Diputados de la Nación



PROYECTO DE LEY

"PROCEDIMIENTO EN CASOS DE ABORTO NO PUNIBLE"

Artículo 1º – Objeto.

La presente ley establece los extremos requeridos y el procedimiento que debe seguirse en los establecimientos asistenciales públicos, de la seguridad social y privados, a fin de garantizar el derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo en los casos de aborto no punibles.

Artículo 2º – Peligro para la Vida de la Mujer Grávida.

El peligro para la vida de una mujer grávida, causado o agravado por el embarazo, debe ser fehacientemente comprobado por el médico tratante mediante los estudios de diagnóstico pertinentes.

Dicho profesional, inmediatamente después de haberse producido la comprobación referida, debe informar a la mujer embarazada, explicándole de manera clara y acorde a su capacidad de comprensión, el diagnóstico y pronóstico del cuadro que la afecta, la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte.

Debe dejarse constancia en la Historia Clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la gestante.

Artículo 3º – Peligro para la Salud de la Mujer Grávida.

El peligro para la salud física o psíquica de una mujer grávida, causado o agravado por el embarazo, debe ser fehacientemente comprobado por el equipo interdisciplinario de salud tratante, mediante los estudios de diagnóstico pertinentes.

Comprobado dicho peligro, el equipo de salud tratante debe informar a la mujer embarazada conforme a lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 4º – Aborto Terapéutico. Requisitos. Procedimiento.

Si la gestante, informada en los términos de los artículos precedentes, decide interrumpir su embarazo, se procederá a la realización de dicha práctica médica en un plazo no mayor de seis (6) días, debiéndose cumplir con los siguientes requisitos indispensables y suficientes:

- a) Certificación de la existencia de peligro para la vida de la mujer embarazada, registrada en su Historia Clínica y rubricada por el/la profesional tratante y otros/as dos (2) médicos/as integrantes del plantel profesional del establecimiento asistencial de que se trate.
- b) Certificación de la existencia de peligro para la salud de la mujer embarazada, registrada en su Historia Clínica y rubricada por el equipo interdisciplinario de salud tratante y por una junta médica de tres miembros, uno de cuyos participantes deberá ser especialista en la afección que da origen a la solicitud.
- c) Consentimiento informado de la mujer embarazada. En caso de tratarse de una mujer incapaz, son de aplicación las reglas generales que establece la normativa vigente respecto a la capacidad de las personas.



El procedimiento descrito es de aplicación en los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Público, Privado y Obras Sociales.

En ninguno de los casos alcanzados por la presente se requerirá autorización judicial.

Artículo 5º — Presunción. Casos. Requisitos.

Se presume la existencia de peligro para la salud psíquica de la gestante:

- a) Cuando el embarazo se hubiere producido como consecuencia de una violación. En este caso, debe adjuntarse a la Historia Clínica constancia de la denuncia policial o trámite judicial y de la revisión efectuada por el médico forense.
- b) Cuando la mujer esté embarazada de un feto inviable. La inviabilidad del producto de la gestación debe ser indubitablemente comprobada mediante los estudios ecográficos apropiados.

Artículo 6º — Violación Sobre "Mujer Idiota o Demente".

Cuando una "mujer idiota o demente" hubiere quedado embarazada como consecuencia de una violación, y su representante legal solicitare la interrupción de la gestación, se debe proceder a realizar dicha práctica médica dentro de los seis (6) días de haber sido solicitada, debiéndose cumplir con los siguientes requisitos indispensables y suficientes:

- a) Constancia de la denuncia policial o trámite judicial.
- b) Constancia de la revisión efectuada por el médico forense.
- c) Consentimiento informado prestado por el representante legal.

Artículo 7º — Profesionales de la Medicina.

Las prácticas médicas objeto de la presente ley deben hacerse en establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Público, Privado y Obras Sociales que dispongan de adecuada estructura, y ser realizadas exclusivamente por profesionales médicos/as.

Artículo 8º — Atención Psicoterapéutica.

El establecimiento asistencial de que se trate debe brindar tratamiento psicoterapéutico a la gestante desde el momento en que le es indicada la práctica del aborto no punible y hasta su rehabilitación.

Artículo 9º — Instrucciones.

El Poder Ejecutivo instruirá debidamente a los médicos y funcionarios que se desempeñan en los efectores del subsector estatal de salud sobre el procedimiento establecido por esta ley, dentro del plazo de quince (15) días desde su promulgación.

Artículo 10º — Reemplazos.

En caso de existir objeción de conciencia en los médicos que integran el Servicio de Obstetricia y Tocoginecología respecto de la práctica médica objeto de la presente ley, los directivos del establecimiento asistencial que corresponda están obligados a disponer los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata y con carácter urgente.

Artículo 11º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

JULIANA MARINO
DIPUTADA DE LA NACION



FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

El aborto, es decir la interrupción del embarazo en un período anterior a la viabilidad fetal, es generador de permanentes controversias y constituye un tema jurídico de relevancia en el que lo íntimo, lo privado y lo público están estrechamente interconectados.

Respecto de la cuestión referida vamos a analizar algunos aspectos:

I.- DELITO DE ABORTO.-

Cuando el actual Código Penal entró en vigencia en 1887, el aborto fue incluido como tipo penal sin admitir ninguna causa de justificación.

En 1922, reforma mediante, las disposiciones del Código Penal sobre el delito de aborto continuaron estableciendo su ilegalidad como regla general pero admitieron tres excepciones a la penalización: cuando la vida o la salud de la mujer embarazada corriese peligro; cuando el embarazo fuera el resultado de una violación; y cuando la mujer embarazada fuese "*idiota o demente*".

Durante la dictadura de 1976-1983, el Código Penal fue modificado para incluir nuevas restricciones al aborto, requiriendo que el peligro para la vida o salud de las mujeres fuese "*grave*" y, en los casos de violación, el inicio de un proceso penal.

Con el retorno de la democracia, en 1984, nuevamente se reformó la normativa sobre aborto, volviéndose a las disposiciones de 1922, con una aparentemente mínima modificación: se eliminó la coma existente entre la segunda y tercera excepciones a la penalización. Consecuentemente, las mujeres que quedarán embarazadas como resultado de una violación ya no podrán acceder a un aborto no punible a menos que fueran declaradas mentalmente discapacitadas.

II.- ABORTO NO PUNIBLE.-

Actualmente el derecho comparado muestra distintos modelos o sistemas de protección de la vida humana en formación:

1) De prohibición absoluta: penaliza toda conducta abortiva sin reconocer ninguna clase de excepción expresa.



2) De indicaciones: penaliza el aborto realizado en cualquier etapa de la gestación, pero al mismo tiempo establece expresamente los supuestos en los cuales la interrupción del embarazo no es punible. Ante una colisión entre el derecho a la vida del nasciturus y algún derecho de la mujer protegido constitucionalmente, el legislador no le exige a la mujer la culminación del embarazo. El Estado renuncia a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insostenible.

En este sistema existe protección constitucional, mediante la tutela penal, de la vida humana en formación. Esta tutela, en determinados casos de conflictos de bienes, se desplaza desincriminando el aborto.

3) De plazos: protege la vida humana en formación a partir de un período determinado. En general, en los países que adhieren a este sistema el aborto voluntario puede realizarse hasta el tercer mes de gestación.

Conforme el Dr. Andrés Gil Domínguez¹, este sistema presupone una clara decisión del legislador a favor del derecho de autodeterminación de la embarazada, al que se le concede valor suficiente para desplazar de modo general a la vida humana en formación durante una etapa del embarazo. Cumplidos los requisitos formales de este modelo (consentimiento de la mujer y atención de un médico) se garantiza la impunidad y quedan cerradas las puertas de un control judicial posterior.

Nuestro Código Penal, que adhiere al modelo de indicaciones, en el artículo 86 trata las excepciones legales con respecto al aborto. Se aceptan dos, el aborto necesario o terapéutico y cuando el embarazo es producto de una violación a mujer "idiota o demente".

La existencia de estas excepciones está revelando que, en lo referente al aborto, la destrucción de la vida fetal no es el único bien jurídico a tomarse en cuenta. Cabe aclarar que la despenalización excepcional del aborto no implica que el Estado no tenga interés alguno en la vida humana sino que la misma debe ser valorada en todas sus formas, no sólo en su forma fetal, sino también en la de la mujer embarazada y, si existen, de sus hijos ya nacidos.

II.A) ABORTO TERAPÉUTICO. CONCEPTO DE SALUD.-

De acuerdo a la ley, el aborto llamado "terapéutico" es el permitido cuando el embarazo representa un peligro para la vida o la salud de la mujer.

Si bien es claro el significado de "peligro para la vida", no parece ser tan indubitable el de "peligro para la salud". Esto en tanto se plantea el tema en cuanto a si se debe entender al término en sentido amplio e integral, incluyendo no sólo la salud física sino también la salud mental de la madre, o si se lo debe entender de manera acotada en cuyo caso se trataría sólo de salud física.

¹ "La Constitución Nacional y el Aborto voluntario"



La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), Agencia especializada dentro de los términos del art. 57 de la Carta de las Naciones Unidas dice que *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no una mera ausencia de enfermedad o dolencia. El disfrute del más alto nivel obtenible de la salud constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, creencias políticas, situación económica o categoría social."*

Es razonable suponer que en la medida en que el texto de la ley no especifica a qué tipo de salud se refiere, el concepto debe ser interpretado de manera integral, excediendo el campo de la medicina, tal como aparece en los tratados internacionales que se han incorporado en la constitución argentina.

Rompiendo con la sistemática conducta judicial de reducir la concepción de salud a una expresión biologicista, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -y posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, a partir del caso "Tanus"², estableció que la salud debe entenderse integralmente.

Como ejemplo de la postura jurisprudencial transcribimos una parte del voto del integrante del Tribunal Superior, Dr. Julio Maier:

"Sin duda, esta disposición³ constituye una reglamentación del derecho a la vida y del derecho a la salud...Vale la pena acotar que por salud de la madre no se puede entender hoy tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, como lo explicita nuestra Constitución (CCBA, 20, 1), él comprende, también, aquellos daños psíquicos -quizás también orgánicos, aunque no los percibamos sensorialmente-..."

Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"Ese grave daño psíquico de la actora -que sin duda han de padecer quienes componen el grupo familiar, incluida su hija de 12 años- representa una lesión de su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) artículo 12 incs. 1 y 2 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica..."

II.B) PRESUNCIÓN. EMBARAZO DE FETO INVIABLE.-

Las numerosas sentencias judiciales recaídas en la mayoría de las provincias de nuestro país y en la Ciudad de Buenos Aires, con relación a la interrupción de embarazos de fetos que presentaban malformaciones incompatibles con la vida, han puesto

² En este caso el Tribunal Superior de la CABA y la Corte Suprema de Justicia resolvieron habilitando la interrupción de un embarazo anencefálico. El precedente jurisprudencial generó, desde el mes de enero de 2001, múltiples sentencias en igual sentido en todo el país.

³ Se refiere al artículo 86 inciso 1º del Código Penal



de relieve que, en esos casos, el daño psíquico de la mujer es presumible en razón de las características siniestras que adquiere el portar "una panza que crece como el anuncio mismo de la muerte".

Es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴ que:

"Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional".

(...)"... Que por lo dicho, en este caso, en el que ninguna sentencia puede aportar felicidad, sólo mantener o poner fin a un intenso sufrimiento, el Tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión de prolongar, sin consecuencias beneficiosas para nadie, la vida intrauterina del feto".

(...)"... como elemento esencial de esta decisión, se ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica -ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos- constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección".

También se expidió sobre el tema el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, del que vamos a citar parte de los votos de las dos mujeres que lo integran:

"Los hechos no discutidos en autos (embarazo, feto anencefálico con irreversibilidad de las embriopatías e imposibilidad de vida extrauterina, etc.) permiten inferir la entidad de la afectación a la salud de la actora".

(...) "Sostener la ausencia de peligro en la salud de S.T. o que no existe ya un proceso de daño psíquico sería tanto como decir que las circunstancias por las que atraviesa son las normales en un embarazo. Nadie ubicado en el lugar de la actora estaría exento de sufrimientos y dolor profundos. La actora vive una tragedia, y la tragedia tiene la particularidad de representarnos a todos."⁵

"No es necesario contar con conocimientos profundos en las ciencias de la salud para concluir que enfrenta una experiencia traumática que habrá de dejar en ella y en su familia secuelas para toda la vida; las circunstancias hablan por sí mismas."⁶

Por otra parte, los profesionales de la salud no desconocen la entidad que

⁴ "S.Tanus c/GCABA s/Amparo"; CSJN; 11/01/01

⁵ Del voto de la Dra. Alicia Ruiz

⁶ Del voto de la Dra. Ana María Conde



adquiere el daño para la salud psíquica de una mujer que porta un embarazo de feto inviable.

Como muestra de este aserto es importante citar un testimonio⁷ prestado en una audiencia celebrada en la Sala I de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: *"En orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura. Puntualiza que no es especialista en el tema, pero ha tenido pacientes con cuadros semejantes."*

Coincidentemente el Jefe de Obstetricia del Hospital I. Pirovano de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Juan Carlos Giovanelli, sostuvo que *"desde el punto de vista psíquico, las consecuencias son muy importantes."*⁸

Profesionales de la psicología han expresado que la decisión de abortar en una mujer embarazada de un feto que padece malformaciones incompatibles con la vida se funda en la ambivalencia afectiva a la que se encuentra expuesta: así como siente que debe "invertir libidamente" un hijo, por otro lado debe estar preparada para aceptar su muerte. Estas dos ideas son totalmente incompatibles en su psiquismo y la coloca en la paradoja de elegir un nombre y a la vez poder enterrarlo.

Los conceptos que se transcriben a continuación han sido vertidos por la Lic. Eva Giberti para referirse al daño psíquico que padece la gestante de un feto inviable⁹:

"Cuando la producción de lo engendrado -valioso en sí- se enlaza con la producción de la muerte antes de nacer que se desarrolla en proporción creciente, surge la categoría de lo siniestro como disvalor asociado al embarazo, al parto y al nacimiento; es decir, a mayor desarrollo fetal inevitablemente asociado al parto, se incrementa la cercanía de la muerte del ser engendrado."

*"La presencia de mujeres que se encuentran en esta situación... modifican la idea y las conceptualizaciones respecto de las víctimas... **La madre podría ser descripta como víctima debido al daño psíquico que implica la gestación de un anencefálico, a lo que corresponde añadir la decisión de adelantar el parto o de mantener la gravidez hasta el nacimiento de esa criatura.**"*

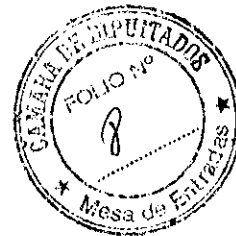
En su trabajo "Interrupción del Embarazo en la Anencefalia y la Violación", publicado por la Asociación de Médicos Forenses de la República Argentina, el Dr. Juan Carlos Coronel¹⁰ sostiene:

⁷ Dr. Ricardo Illia, subdirector de la Maternidad Sardá

⁸ En la audiencia del caso "Colque c/GCBA s/Amparo"; Juzg. 10, Sec.18, CAyT; 27/8/01; fs. 65/67

⁹ "Anencefalia y daño psíquico en la madre"; VII Jornadas Argentinas de Bioética; 8 al 10 de noviembre de 2001.

¹⁰ Médico Legista; Jefe División Medicina Legal del Hospital "Dr. A. Isola" de Pto. Madryn, Chubut; Perito Auxiliar de Justicia de Tribunales de Pto. Madryn.



"Yendo a los cuestionamientos que dieron lugar a este trabajo, está la esfera psíquica de la embarazada. No podemos prever qué actitud tendrá una mujer, que como médicos le notificamos que su embarazo cursa con una anencefalia.(...) **cabe presumir que siempre habrá daños psicológicos**, que podrán ser irreparables y acompañar a la madre y familia el resto de sus vidas. Si pensamos en la definición de la O.M.S., estas personas, perderán su salud para siempre. De alguna manera, la interrupción terapéutica del embarazo, si bien no borraré la experiencia, sí hará que no se prolongue en el tiempo, y eso es muy importante."

II.C) PRESUNCIÓN. EMBARAZO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN.-

Es sabido que un ataque sexual deja huellas corporales así como también produce efectos en la salud mental, tales como depresión, ansiedad, insomnio, pesadillas, sentimientos de humillación y autoculpabilización, problemas sexuales. En el lenguaje especializado se habla de un síndrome de estrés post traumático, inmediatamente posterior a una violación.

El conocido estudio "Violencia contra la mujer: La carga oculta de salud"¹¹ señala que entre la amplia gama de trastornos de salud mental que padecen las mujeres abusadas -y, en particular, aquellas que son víctimas de violencia sexual-, figuran el estrés postraumático, depresión, ansiedad, desórdenes de la alimentación y del sueño, falta de concentración, desórdenes de personalidad múltiple y de carácter obsesivo-compulsivo, así como sentimientos de ira, humillación y autoacusación.

Refiriéndose a las secuelas que experimentan las víctimas de experiencias traumáticas, el Dr. Donald Meichenbaum¹² sostuvo: "Hay amplia evidencia de que algo cambia en su fisiología. Los sobrevivientes de eventos traumáticos pueden experimentar falta de sueño, fatiga, u otros síntomas somáticos. Emocionalmente, pueden experimentar choque emocional, rabia, ansiedad y depresión. Sus funciones cognitivas también se ven afectadas, haciéndoles difícil el concentrarse y actuar efectivamente. Estas personas también pueden estar desorientadas y confundidas, y pueden tener pensamientos indeseados. Conductualmente, pueden aislarse, evitando o retirándose de situaciones sociales."

El ensayo denominado "Principales consecuencias a largo plazo en la salud de las mujeres víctimas de violación"¹³ plantea que, considerando la perspectiva biomédica, "la violación es una forma de agresión sexual que representa uno de los traumatismos más tremendos que pueda sufrir una persona, que se traducirá en lesiones físicas, psicológicas y sociales". (...) "En esta forma de violencia, incluida la violación, se presentan serias consecuencias en la salud de las víctimas, produciendo daño físico y secuelas psicológicas además de infecciones de transmisión sexual y embarazo no deseado".

El Trastorno por Estrés Post-Traumático (TEPT) es una condición

¹¹ Lori Helse; Programa Mujer, Salud y Desarrollo. OPS, Washington DC; Noviembre, 1994. p. 25-28.

¹² "Tratamiento de Víctimas de Eventos Traumáticos"; Rev.Terapia Psicológica; año XVI; vol.VII; Nº 30.

¹³ Rev. Sogla 2004; 11(2); 48-57



debilitante que sigue a un evento de terror. Frecuentemente, las personas que sufren de TEPT tienen recuerdos persistentes y pensamientos espantosos de su experiencia y se sienten emocionalmente paralizadas.

El TEPT (conocido antiguamente como "sobresalto por proyectil" o "fatiga de batalla") fue traído a la atención pública por los veteranos de guerra, pero puede ser el resultado de otros incidentes traumáticos provenientes de desastres naturales como inundaciones o temblores, o de ataques violentos tales como asaltos, violaciones o tortura.

El psicólogo español César Casado Fernández, en su artículo "Trastorno por Estrés Post-Traumático", sostiene: *"En general, los síntomas pueden ser peores si el evento que los ocasiona fue obra de una persona, como en el caso de violación, a comparación de uno natural como es una inundación."*

Del peritaje psicológico obrante en una Vista de Causa de un proceso por violación agravada¹⁴, ratificado por el psicólogo forense Rafael Armando Rivas Ordoñez, surge que *"El trastorno por estrés postraumático es un trastorno que aparece después de un acontecimiento psicológicamente desagradable, que se encuentra fuera del marco normal de la experiencia habitual, tal como el caso de una violación."*

"Los síntomas de reexperimentación pueden manifestarse de diversas maneras. Por lo general, el individuo tiene pensamientos recurrentes e invasores del acontecimiento, o bien sueños angustiantes durante los que se reexperimenta el traumatismo."

*"Los síntomas de evitación de los estímulos relacionados con el trauma se manifiestan por ejemplo en que **el individuo efectúa esfuerzos para evitar sus pensamientos sobre el traumatismo pues le provocan malestar psicológico.**"*

Frente a la afirmación transcripta cabría preguntarse si una mujer embarazada como producto de una violación puede, en tanto porta en su cuerpo el testimonio de la violencia padecida, evitar pensar en el traumatismo que le *"provoca malestar psicológico"*.

Es importante destacar que, según el Dr. Alfredo Cia¹⁵, más del 80% de las víctimas de violación desarrollan TEPT (Trastorno Por Estrés Post Traumático).

El Dr. Juan Carlos Coronel, médico legista ya citado¹⁶, asevera que *"La violación repercute en el equilibrio biopsicosocial de las víctimas. Estas, en el proceso de elaboración de la situación traumática vivida, padecen síntomas somáticos sin causa orgánica o trastornos funcionales que demandan atención de servicios médicos."*

Un embarazo impuesto por la fuerza constituye la prolongación de la violencia, y contribuye a un mayor deterioro en la salud mental de la mujer abusada.

¹⁴ Juzgado Segundo de Menores; República de El Salvador; 10 de febrero del año 2000; www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nDoc=23602&nItem=23687&nModo=1

¹⁵ Médico psiquiatra y psicoanalista; presidente de la Asociación Argentina de Trastornos de Ansiedad.

¹⁶ Ver nota al pie N° 9



Dice al respecto el Dr. Coronel: "*Presentan a su vez síntomas depresivos, temores, recuerdan frecuentemente lo ocurrido, como repetición de la experiencia traumática, presentando una incidencia significativa de ideas suicidas e intentos de suicidio, en forma inmediata o mediata. Todos estos síntomas, se dan por la sola violación, es de imaginar, cuántas cosas más y más graves, se suman cuando además se presenta un embarazo.*"

III.- CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 86, APARTADO 2º.-

Desde la perspectiva constitucional es viable que, frente a un grave conflicto entre valores constitucionales -la vida humana en formación y la salud o la vida de la mujer- el Estado no utilice la vía penal para obligar a la mujer a concluir con su embarazo.

III.A) ESTADO DE NECESIDAD.-

La despenalización del aborto en casos excepcionales tiene en el fondo su justificación en el "estado de necesidad"¹⁷. Por ende, el art. 86 inciso 1º se relaciona con la norma más general del art. 34 inciso 3º del Código Penal.

El estado de necesidad, como la legítima defensa, prevén situaciones que el Derecho no puede dejar de admitir. A pesar de las notas que las distinguen tanto la legítima defensa como el estado de necesidad hacen que, si se dan sus requisitos, quede impune la violación de los derechos y bienes más sagrados.

El aborto impune del art. 86 inc. 1 tiene notas especiales respecto al genérico estado de necesidad. Ocurre en este supuesto que la persona que sufre ese estado no actúa ella misma, sino que acude a un médico diplomado. Este requerimiento se explica por la propia naturaleza de las cosas. La mujer tampoco juzga ella misma si el aborto es necesario, pues la ley confiere esa decisión a quien puede evaluar seriamente su salud.

Al respecto, el Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Roncoroni, ha dicho¹⁸: "*Cierto es que la norma sobre el aborto impune tiene características particulares; sin embargo, y visto que la justificación o fundamento de la solución legal es un caso especial de estado de necesidad, estimo que es desde esa premisa que debe analizarse la validez constitucional de la norma.*"

"La ley permite que la propiedad se destruya y que las personas sean heridas o incluso muertas. Sin embargo, nadie jamás ha siquiera sugerido que disposiciones semejantes sean violatorias del derecho de propiedad, cuando la propiedad es la afectada, o la salud o la vida, cuando ellas son las que sufren."

"De lo que estamos tratando aquí es de la necesidad de una persona de recurrir a médicos diplomados para que eviten un peligro para su vida o su salud. Esto no niega el valor de la vida, ni siquiera ingresa en el debate sobre el momento en el que ella comienza."

¹⁷ Sebastián Soler; Derecho Penal Argentino; TEA, 1987; T. III, parág. 85, punto X.

¹⁸ Se autorizó un aborto terapéutico. Causa Ac. 95.464, "CP de P, AK s/ Autorización", junio de 2005



"Podemos sostener que la vida empieza con la concepción, y sin embargo dejar sin castigo al que la toma como medio necesario para evitar un grave riesgo a su vida o su salud. Y esto, no porque la ley quite valor al heroísmo, sino porque no puede exigirlo. Una madre acaso decida tomar un medicamento que es vital para su salud, pero que es dañoso para la de su hijo. Otra madre puede pensar que es mejor afrontar el riesgo de morir que el de no tener descendencia. Sin embargo, la ley no habrá de penarlas si su decisión es distinta; y no me refiero a una ley recién sancionada, de esas que cambian todos los años, sino a una regla que siempre ha estado presente en nuestro derecho, y que recogen casi todas las legislaciones del mundo."

"Las leyes que exigen el heroísmo propio de los santos, requieren que los encargados de aplicarla tengan la crueldad propia de los demonios".

III.B) DERECHO A LA VIDA.

En los casos de aborto no punible se encuentra controvertido el derecho a la vida, motivo por el cual es pertinente recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda cobra absoluta prevaencia la Constitución nacional.

III.B.1 CONSTITUCIÓN NACIONAL

El capítulo IV de la Constitución Nacional, referido a las atribuciones del Congreso, establece en la segunda parte del inciso 23 del artículo 75 que corresponde al Congreso: *"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, durante el embarazo y el tiempo de lactancia"*.

La doctrina constitucional argentina¹⁹ ha manifestado que esta cláusula implica que el Estado tiene la obligación de dictar un régimen de seguridad social que proteja de manera directa a la mujer durante el período de embarazo y el tiempo de lactancia.

Respecto de esta norma, a la que se le ha querido adjudicar la intención de operar como imposibilitadora de cualquier forma de despenalización del aborto, sostiene un eminente constitucionalista argentino²⁰:

*En definitiva, según el mensaje del constituyente, el amparo a la persona por nacer comienza desde la concepción. Lo cierto es que sí cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción. El aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que deba ser delito. Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto, como efectivamente lo ha hecho hasta ahora. **En resumen, una cosa es que para***

¹⁹ Ekmekdjian, Miguel Angel, "Tratado de derecho constitucional", t. IV, p. 636, Ed. Depalma, Argentina, 1997; Baigorria, Claudia y Solari, Néstor, "El derecho a la vida en la Constitución Nacional", La Ley, 1994-E, 1167; Barra, Rodolfo, "La protección constitucional del derecho a la vida", p. 79, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1996.

²⁰ Sagües, Néstor, "Elementos de derecho constitucional", t. II, Ed. Astrea, Argentina, 1997.



la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra es que la violación de esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones a la Constitución, en efecto, que no importan delito (p.ej., no pagar el salario mínimo vital y móvil, o no otorgar vacaciones pagas a un empleado, todo ello en contravención al art. 14 bis)".

En ocasión de debatirse este tema en la Convención Constituyente de 1994, el Dr. Raúl Alfonsín dijo: *"La cláusula que estamos considerando ha sido el resultado de extensas conversaciones e intercambio de ideas que, en algún momento, se mezclaron con proyectos que establecían criterios vinculados con el tema de la vida, y otros, referidos al aborto, en los que se fijaba su penalización —tema que nuestro bloque consideró que no se encuentra habilitado para la consideración de esta Convención, tal cual se pronunció, según tengo entendido, la comisión de redacción—."*

... "Entendemos que ésta era y es una cuestión de tipo legal. Por lo tanto, vamos a votar afirmativamente el dictamen en consideración porque está vinculado con el régimen de seguridad social, del que carecía la República Argentina."

*"Es por eso que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, que **no le dice a la Legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto**, sino que se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto, como es Suecia, y también podría estarlo a la de un país como Irlanda, que lo prohíbe."*

III.B.2 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (aprobada por ley 23.054), se establece: *"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"*.

Surge con claridad del artículo transcrito que en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuanto al derecho a la vida, se evitó utilizar un concepto absoluto, que habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países ya que dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en casos determinados.

Los Estados americanos que en 1948 despenalizaban el aborto en casos específicos eran: Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México -Distrito y Territorio Federal-, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Estados Unidos de América y Puerto Rico.

Con relación al alcance del Tratado Internacional en análisis, en la sentencia de la Suprema Corte Bonaerense²¹ que el 30 de junio de 2005 autorizó un aborto terapéutico:

²¹ ídem nota al pie anterior



a) El Dr. Soria sostuvo:

"Cabe detenerse entonces, en el enunciado contenido en el Pacto de San José de Costa Rica. La norma pertinente prevé una protección a la vida desde la concepción con arreglo a la correspondiente determinación legislativa. El texto aludido (Art. 4.1 cit.) define, pues, el alcance de la tutela jurídica por remisión a la "ley". También, estatuye que esa norma derivada ha de disponer que "en general" la tutela del derecho será "a partir del momento de la concepción". Por fin, determina que nadie puede ser "privado de la vida arbitrariamente" (Art. 4.1., in fine)".

"Desde esta perspectiva, **no advierto que el régimen legal que concierne al caso -vale decir, el artículo 86, segundo párrafo, inc. 1º, del Código Penal- presente tal incoherencia en su adecuación sistemática con las normas consagradas en ese tratado internacional, que conduzca 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 (arg. Art. 29, CIDH)".

"...**no parece constitucionalmente objetable que, en un trance crítico como el enjuiciado, la ley disponga que la vida o la salud de la madre prevalece sobre la de la persona en gestación,** para evitar el aleatorio resultado al que conduciría el supeditar el conflicto al naturalismo extremo. Está, desde luego, fuera de disputa que nuestro ordenamiento jurídico, muy tempranamente, confirió tutela a los derechos de las personas «por nacer»".

"Además, 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». En eso estriba el fundamento del **«aborto terapéutico»**, **figura que de ninguna manera enerva la valoración realizada de la vida humana de la persona por nacer;** solo que ante a una puntual contraposición de bienes jurídicos, el legislador ha prefigurado la resolución del conflicto dando preeminencia a la vida o la salud de la gestante".

b) El Dr. Piombo se pronunció diciendo:

"Incluso el bien que se debe sacrificar, aun con la protección que nuestro Derecho da a las personas por nacer, no tiene la misma jerarquía, toda vez que una madre de familia ha anudado relaciones de educación, cuidado y protección en relación a los hijos que anteriormente ha traído al mundo, que, en el caso de perder la vida, mal podrán ser cubiertas por el Estado o cualquier institución de índole civil o religiosa".

c) El Dr. De Lázzari manifestó:

"En todo caso, de existir una aberrante balanza en donde sopesar vidas, ésta podría tal vez inclinarse a favor de la madre por su instalación en el mundo"



III.B.3 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La ley 23.839/90 que aprobó y ratificó la referida Convención protectora de los derechos de la niñez declaró que el artículo 1 de la Convención debía *"interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad"* (cfr. art. 2 de la citada ley).

*"La declaración interpretativa que hizo el Estado argentino con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño no puede ser admitida como reserva, pero sí como una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades..."*²²

La Dra. María Angélica Gelli²³ señala con referencia a esta Convención y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que por la declaración unilateral interpretativa, la tutela de la Convención sobre los Derechos del Niño es más amplia para el derecho interno argentino. Sin embargo, ello no generaría conflicto alguno pues el propio Pacto de San José dispone, por medio de una cláusula interpretativa, que sus normas no se entenderán de modo de restringir derechos acordados por el ordenamiento interno de los Estados partes, o por otros tratados (art. 29, inc. b).

En cuanto a la articulación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la constitucionalidad de la despenalización del aborto en casos específicos, el Dr. Alfonsín²⁴ ha sostenido:

"En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, que también fue invocada en la discusión, el artículo primero establece que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Esto es todo cuanto señala con relación al tema que consideramos."

"Pero ocurre que la ley de aprobación de la Convención hace reserva de ciertos incisos, lo que es normal, pero pretende introducir una enmienda con relación al artículo primero, declarando absurdamente que "debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

"En primer lugar, esta definición no forma parte de la Convención, pero si se insistiera en ello, habría que recurrir al art. 50 que establece una serie de requisitos para aceptarla y sostiene finalmente que "entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes". Esto jamás ocurrió."

La Jurisprudencia, por otra parte, se ha pronunciado al respecto. En la sentencia ya varias veces citada, el Dr. Roncoroni aseveró: *"tampoco se habrá de encontrar*

²² Gil Domínguez, Andrés; "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza".

²³ "El Derecho a la Vida en el Constitucionalismo Argentino: Problemas y Cuestiones", LL. 1996-A 1455

²⁴ Diario Clarín; "Aborto y Cuba: dos temas sobre los que hay que fijar posición"; 26/02/2004



una incompatibilidad invalidante entre la norma del Código Penal, y las convenciones internacionales que citan los recurrentes”.

En la misma dirección se expidió el Dr. Gustavo Bossert, quien sostuvo en el caso Tanus²⁵:

“La letra y el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño y otros textos invocados no amparan sin más esta pretensión, como si implicara la defensa de un valor absoluto, ya que de otro modo estarían vedados, en todos los casos, la inducción de parto y la cesárea destinados a evitar algún riesgo a la salud de la madre o del nasciturus”

III.C) OPINIONES.

Merecen citarse, por la entidad jurídica de quienes las vertieron, las opiniones que se transcriben a continuación.

La Dra. Elena Highton De Nolasco²⁶, en ocasión de la Audiencia Pública celebrada en el Congreso de la Nación el día 31 de mayo de 2004, sostuvo que *“Yo nunca dije que era inconstitucional ninguna legislación argentina referida al aborto”*.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifiesta su postura diciendo²⁷:

“Para algunos autores hay un “derecho a la vida”, o “derecho a nacer”, lo cual lleva a la consecuencia de declarar que el aborto terapéutico “violenta el sentimiento filosófico del ordenamiento jurídico, es inconstitucional y contradice el derecho civil (Zavala de Gonzalez, Matilde, “Aborto, persona por nacer y derecho a la vida”, LL:1983-D-1126).- Nos parecen palabras demasiado rimbombantes para solucionar problemas jurídicos.

Una afirmación correcta es la preeminencia que tiene lo atinente a la vida íntima, y el comienzo de la vida es un aspecto de ella, dentro del ordenamiento.- Sin embargo, la Convención Americana señala que todos los derechos están limitados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del bien común (art. 32), de modo que son susceptibles de ponderación.

El juicio de ponderación actúa cuando hay colisión de derechos, puesto que de lo contrario tiene preeminencia la protección de la esfera íntima de un modo absoluto. Comparando el peso de cada bien jurídico y de los principios en juego, el legislador o el Juez pueden decidir resolver un caso de colisión de derechos, dando prioridad a la vida íntima, pero ponderando su peso con otras cuestiones”.

IV.- CUADRO DE SITUACIÓN. PEDIDO DE “AUTORIZACIÓN JUDICIAL”

La negativa o entorpecimiento por parte de los médicos a realizar abortos no punibles configura una ilegítima vulneración de derechos y garantías constitucionales.

²⁵ Ver nota al pie N° 4

²⁶ Integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁷ “La Regla de la Autodeterminación”; [//www.ricardolorenzetti.com.ar](http://www.ricardolorenzetti.com.ar)



Esto es así en la medida en que continuar con el embarazo, en esos casos, somete a la salud de la gestante a una auténtica situación de peligro que torna necesario que se obstaculice lo menos posible la última solución disponible.

Muchos médicos desconocen la legislación sobre el aborto. La ley no requiere la solicitud de autorización judicial para la realización de un aborto legal, y sin embargo, los servicios médicos tienden a solicitar tal autorización antes de realizar dicha práctica.

Se ha dicho frente al conflicto que enfrenta a la madre embarazada y al hijo por nacer y que involucra al médico²⁸, *"que el legislador ha sido sabio al menos en no incluir en escena al cuarto personaje. El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida del nasciturus -máxime cuando carece por completo de capacidad para defenderse por sí mismo- sino también reconocer el derecho a la vida de la madre. En suma, no podrá proteger exclusivamente al hijo, porque condena a la madre, ni optar por la solución contraria. (...) La decisión no pasará entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre"*.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires²⁹, refiriéndose a la exigencia de los médicos de requerir una autorización judicial, ha señalado:

*"En esta paradoja consiste, precisamente, la decisión a tomar por el Tribunal y, como se verá, la ilegitimidad del acto administrativo que omite la ejecución de lo indicado y le requiere a las personas presuntamente en riesgo un requisito más que la ley no exige: la autorización judicial. Se puede comprender, al menos en este país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley." (...) "Con la decisión de no ejercitar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado la responsabilidad, pues si resultara, por ej., que el daño a la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al requerir la autorización judicial, ellos deberán hacer frente a esa imputación"*³⁰.

*"Lo que enfrentamos aquí es el intento de soslayar el efecto -propio de la evaluación del sistema normativo hecha por el Director y que afecta en forma directa, clara y grave el derecho de la actora- pues aún cuando pudiera entenderse que estamos ante un caso de discrecionalidad médica en la interpretación, que podría ser superado con la búsqueda de otro profesional de criterio divergente, que admitiera realizar la práctica solicitada, la naturaleza misma de la prestación requerida y de la relación de confianza que subyace en la base del vínculo médico-paciente, tornan atendible que la Sra. T. quiera que sea en el centro asistencial público donde se atiende, y no en cualquier otro lugar, donde se lleve a cabo el acto médico que solicita"*³¹.

²⁸ Juzgado Nacional en lo Civil; sent. del 27-VIII-1985; "Jurisprudencia Argentina"; 1989-III-355

²⁹ TSJ; "S.T.c/Gob. Ciudad de Bs. As."; 26/12/00

³⁰ Voto del Dr. Julio Maier

³¹ Voto de la Dra. Ana María Conde



"No dejo de valorar las probablemente justificadas cautelas adoptadas por los médicos intervinientes. Pero más allá de ellas, lo cierto es que el resultado final - seguramente no querido- de todas esas precauciones se cristaliza en una actitud a primera vista hipócrita e innecesariamente cruel. (...) no precisa autorización judicial previa. No sólo no la precisa sino que no resulta jurídicamente posible concederla, a menos que, como en la situación planteada, se traiga ante los estrados judiciales la negativa de los profesionales a practicar la medida. Que se la traiga cuestionándola por arbitraria e ilegal por poner en riesgo la salud de la peticionante³²."

"La actora dice expresamente en su demanda que el ejercicio de los derechos que invoca no requiere de una autorización judicial, pero acude a ella ante la negativa de los médicos a interrumpir su embarazo. Entonces pide a los jueces que ordenen lo que, en estricto sentido, no requiere orden alguna.³³"

Respecto a la vulneratoria omisión que implica la exigencia de autorización judicial, ha dicho el Asesor Tutelar que ha intervenido en todas las causas por interrupciones de embarazo que han tramitado en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Gustavo Daniel Moreno: "Seguramente, el pedido de los médicos se debe a la necesidad de dejar a salvo su responsabilidad administrativa, civil, y penal, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley" (...) "Por ende, estimo que el pedido de autorización judicial tiende a evitar la posible incriminación de conductas delictuales, y su propia responsabilidad; más aún cuando la Ley 17.132 (Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina) no prevé tal pedido de autorización al establecer las obligaciones de los profesionales médicos (art. 19) como tampoco en cuanto a las prohibiciones (art. 20)³⁴."

La Titular del Juzgado N° 7 del fuero CAyT de la Ciudad de Buenos Aires, Dra. Lidia Lago, subrayó: "Es dable esperar entonces que, en el futuro y dada la reiteración de causas judiciales como la de autos, los profesionales del arte de curar, que son quienes cuentan con los conocimientos necesarios como para determinar acabadamente si en cada caso se verifica la patología en cuestión, y que no pueden obviamente desconocer las consecuencias que ello podría acarrear tanto para el bebé como para la madre, así como que son quienes están en mejores condiciones de determinar el efectivo daño a la salud integral (física y psíquica), se pronuncien concretamente con sustento en razones médicas -y no jurídicas- admitiendo o rechazando las prácticas como la aquí solicitada, pero asumiendo cabalmente la responsabilidad médica que les compete³⁵."

Es pertinente referirse a un fallo de Cámara que puntualiza: "Con relación a los planteos de la demandada referidos a que la solicitud de la intervención judicial no puede constituir un acto ilegítimo, y a la necesidad de la interpretación judicial de la aplicación de una norma a un caso concreto, **es necesario poner de resalto que el requerimiento de la autorización judicial, en las circunstancias que se acreditaron**

³² Voto del Dr. Guillermo Muñoz

³³ Voto de la Dra. Alicia Ruiz

³⁴ Fuero CayT de la CABA; J. 5 S. 9; "R.R. c/GCBA s/Amparo"; Expte. 3313; Dictamen del 3/10/01

³⁵ in re "Viera"; 25/6/01



en este expediente, resulta manifiestamente improcedente, cuando ya se ha dilucidado el asunto y se ha expedido recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso análogo³⁶.

Es esclarecedor reproducir -en parte- lo expuesto por la Dra. Stella Maris Martínez en su artículo "La Incorporación de la Reflexión Bioética a las Decisiones Judiciales"³⁷:

"Por el contrario, la verdad subyace en la insuficiente formación de los médicos en punto a sus facultades y a sus deberes, en un deficiente asesoramiento y, consecuentemente, en el temor que sienten frente a supuestas demandas o a reacciones inesperadas de los operadores judiciales."

"Por ello, aun cuando reconozco que la perplejidad de los médicos ante leyes confusas o lacunares... no puedo dejar de alertar sobre las exigencias que, indebidamente, se ponen en cabeza de quien sólo quiere que su salud sea adecuadamente atendida."

(...) "Va de suyo que la imposición a la mujer de requisitos innecesarios, que en la práctica obstan a su legítimo derecho de asistencia sanitaria, colisiona frontalmente con lo establecido en el art. 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, dispositivo legal de jerarquía constitucional."

Por entenderlos relevantes citaremos algunos votos emitidos por magistrados de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el reciente caso judicial en que dicho tribunal se expidió autorizando la realización de un aborto terapéutico:

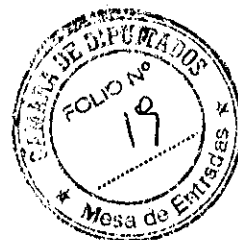
El **Dr. Roncoroni** sostuvo:

"El inciso 1 del art. 86 del Código Penal no demanda tal autorización de los jueces y no sería prudente que lo hiciera. Si por caso, el cuadro temido se desatara en estos momentos mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insensato que los médicos no actuaran a la espera de que terminemos nuestras cavilaciones e, incluso, de que se recorran los tramos y los tiempos de un eventual recurso federal. Si eso ocurriera la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante -o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo- se habría desvanecido, del mismo modo, quizás, que la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna."

"A la espera de una autorización judicial y sin la decisión de los médicos de actuar lo que su ciencia y arte les indica con la diligencia exigida por las circunstancias del caso, el amparo llegaría tarde y el derecho se habría extinguido. Ni los prestadores del servicio de justicia, ni los prestadores del servicio de salud, habrían dado respuesta en tiempo propio a las necesidades de quien acudió a ellos en procura de proteger el derecho a su salud y su vida. La Provincia de Buenos Aires a través de los funcionarios de uno y otro servicio no habría brindado tutela judicial ni tutela médica."

³⁶ Fuero CAyT de la CABA, Sala II, Expte. N° 2974 "CVN c/ Htal. Pirovano s/Amparo"; 11/10/01

³⁷ Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, julio de 2001, pág.665



"El art. 86 del Código Penal claramente prescribe "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. A la luz de la norma transcrita, los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habrá de acudir a la consulta médica o la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de bioética -como se hizo en el caso- pero nunca al Juez. ¿A guisa de qué ha de intervenir el Juez?. ¿Acaso estará llamado a jugar el rol de censor, supervisor médico o perito médico de los médicos?. No parece que esto entre en el campo de conocimiento de los jueces. La "prudencia" que integra la voz con que se suele denominar a la ciencia del derecho (jurisprudencia) y esa regla de oro que es la razonabilidad rechazan de plano tal pensamiento."

"Ni es admisible que los médicos verbalmente (según refiere la actora a fs. 130) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 del Código Penal, ya por esa suerte de fiebre epidémica de responsabilidad médica, conocida como "mala praxis"."

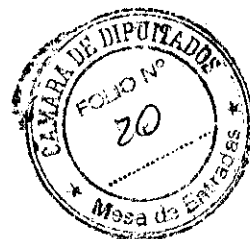
"La disposición del art. 86 inc. 1º -tal como lo hemos señalado hasta el hartazgo- supone una necesidad imperiosa y que no se presta a los trámites de traslados, notificaciones, recursos, contestaciones, nuevos recursos, etc. En la vía de la autorización, el juez se encontrará prisionero entre los peligros que traen consigo los trámites urgentísimos y la prueba sumaria, y los riesgos ciertos de la más mínima demora".

Por su parte el **Dr. Petiggiani**³⁸, pese a haber votado en forma antagónica al magistrado antes citado, acordó con aquél en cuanto a la falta de pertinencia de la actitud de los médicos de exigir una autorización judicial. Dijo:

"...considero que no puede hacerse depender este tipo de intervenciones de permisos o venias judiciales como las que -en definitiva- se reclaman en las presentes actuaciones."

"Los ejemplos de actuaciones semejantes son múltiples: el policía frente a la disyuntiva de si acciona o no su arma letal en la necesidad de intervenir; el bombero frente a la exigencia de actuar en casos angustiosos; el presidente de una nación al decretar el curso de acción frente a una agresión armada de otra nación; quien se ve obligado a

³⁸ Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires



intervenir para no incurrir en abandono de persona, v. gr., para resolver si debe o no movilizarla; quien debe atender un parto que se precipita en la vía pública. En ninguna de ellas se concibe que se supedite el accionar a la decisión de un tercero que si bien se mira, aunque sea el juez, carece de competencia técnica para resolverla per se."

Con relación a este tema también hizo oír su voz la **Dra. Stella Maris Martínez**, interinamente a cargo de la jefatura de la Defensoría Oficial de la Nación, la que manifestó³⁹ que *"Si un médico define que un aborto es terapéutico es porque corre peligro la vida de la madre y no tiene que pedir permiso para hacerlo. Lo dice el Código Penal de principio de siglo y no hay discusión posible. Los médicos se han acostumbrado a pedir autorización judicial cuando no tienen que pedirla. ¿Qué pasaba si la mujer se moría mientras discutíamos judicialmente? También es un problema de discriminación, ya que siempre ocurre en los ámbitos públicos. No conozco ningún caso de un centro privado que pida autorización."*

VI.- ESTA LEY.-

Esta afirmación de la Dra. Stella Maris Martínez no hace sino resaltar lo que es moneda corriente en la vida cotidiana: en el sistema público de salud el acceso al aborto no punible, y por lo tanto más seguro, es casi inexistente. La directa consecuencia de esta realidad es que las mujeres más desposeídas pagan estas omisiones con el agravamiento de su salud y a veces con su muerte.

Una de las causas determinantes que originan la falta de acceso a un servicio de salud permitido por la ley estriba, como ya referimos, en la conducta médica.

El Dr. Nicolás Qualeta, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de la Provincia de Buenos Aires, puso en palabras -en una clara asunción del rol de portavoz de los médicos argentinos- el sentir de estos profesionales frente al aborto no punible: *"Por miedo, por ignorancia, los médicos piden una autorización. Temen que, como el aborto es considerado un crimen en nuestro país, pueden terminar denunciados en la Justicia. Desde el punto de vista legal, es un exceso pedir una autorización de un magistrado, pero es entendible que así ocurra porque los médicos tienen miedo"*⁴⁰.

Esta situación es confirmada por el Ministro de Salud, Dr. Ginés González García, cuando dijo: *"Debe haber muchos casos de muerte materna que podrían haber calificado para el aborto terapéutico y que no llegaron a concretarse porque, como el aborto no está despenalizado, hay miedo y ocultamiento en el sistema de salud."*⁴¹

Reconocemos el invalorable aporte de la Dra. Perla Prigoshin en la elaboración del presente, el que registra como antecedentes principalísimos los fallos recaídos en causas que la tuvieron como letrada patrocinante.

³⁹ fuente: Página/12; lunes 01.07.05

⁴⁰ Diario "Página/12"; 30 de junio de 2005

⁴¹ Diario "La Nación"; 30 de junio de 2005




H. Cámara de Diputados de la Nación



La reforma de 1994 incorporó como **atribución obligatoria del Congreso** (art. 75, inc. 23, párr. 1º) la potestad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Es en este marco que se inscribe el presente proyecto, el que solicito sea acompañado con el voto positivo de mis colegas a fin de cumplir con nuestra tarea legislativa garantizando el ejercicio de los derechos de las mujeres que soliciten la realización de un aborto no punible.


JULIANA MARINO
DIPUTADA DE LA NACION