

DELITOS EN PUGNA: EL DELITO DE ABORTO FRENTE AL DELITO DE VIOLACIÓN.

Sus voces se apagaron

Y sus cuerpos quedaron fracturados como lunas

En “capullo que la hoz dejó tendidos

Un otoño de madres vueltas tumbas”



El "DELITO de ABORTO", es un tema sumamente delicado, ya que despierta pasiones e intereses de diversa índole, es que considero necesario aclarar, antes de entrar en tema , que el enfoque que le daré es estrictamente relacionado al derecho, sin entrar en consideraciones de otra naturaleza, ya sean religiosas, morales, éticas, etc... ; pero no por ello dejando de hacer hincapié en el valor vida.

El Código Penal legisla sobre el aborto en el capítulo de los delitos contra la vida (de ahí el señalado interés del valor vida como bien jurídico remarcado en la introducción), sin aportar como sucede en la mayoría de las legislaciones, una definición normativa del aborto, señalando solamente la pena a imponer. Esto es el producto de una correcta técnica legislativa que deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia la tarea de establecer en qué consiste la acción típica del delito de aborto. El aborto es la muerte de un niño o niña en el vientre de su madre producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento.

Nuestra doctrina acepta, en general, como también la española y la de otros países, que la materialidad del delito de aborto lo constituye la muerte del feto en el seno materno o su expulsión violenta, como así también que solo el dolo directo es la forma de culpabilidad con que puede darse el ilícito del aborto.

Carrara dice que es el dolo directo el que fundamenta el reproche de culpabilidad en el aborto. De modo que la ciencia moderna no reconoce el "feticidio", sino cuando concurre intención dirigida a la muerte del feto; pero si no hay intención cuando se trata del hecho de la mujer, cesa toda responsabilidad penal; y si es el hecho de un tercero entra en otro título del delito.

Es decir que podemos concluir que para poder formular el juicio de reproche es necesario que el individuo actúe con dolo directo, vale decir, con la voluntad de causar la muerte del feto.

Cabe destacar que la ley no funda el castigo del aborto en la producción de un proceso de nacimiento en condiciones peligrosas para la salud del "bebé", sino cuando se trata de la muerte del feto. Así debe distinguirse un parto acelerado, que implica un proceso de nacimiento aún previendo la posibilidad de la muerte del feto y aceptando esa muerte como probable; y un proceso de aborto cuya finalidad es la muerte de ese feto.

Podemos concluir que la concepción jurídica del aborto es la de que el núcleo del tipo no lo constituye la interrupción del embarazo, sino la destrucción del feto, sea en el seno materno o como consecuencia de la expulsión violenta. Entonces como sostiene Fontán Balestra el período durante el cual el aborto puede cometerse se extiende hasta el momento en que comienza el nacimiento, que es el que separa el aborto del homicidio o infanticidio.

Sintéticamente, en definitiva, podemos afirmar que lo que se intenta proteger es el "Derecho A La Vida" del por nacer.

Si bien nuestra Constitución no menciona expresamente a el derecho a la vida, lo hace tácitamente por ser este un reconocido derecho natural y mencionar el artículo 33 que los derechos enumerados no significan la negación de otros derechos que nacen de la soberanía del pueblo ; por otra parte debemos tener muy en cuenta que con la reforma de 1994 se incorpora con jerarquía constitucional a algunos tratados internacionales, entre ellos al de San José de Costa Rica, conocido como "Tratado De Los Derechos Humanos", el que ya sí en forma expresa menciona y reconoce el derecho a la vida en su artículo 4º, y lo más importante y digno de resaltar para el tema en estudio es que este reconocimiento del derecho a la vida lo hace desde la concepción. Es decir lo que en principio no parecería un derecho reconocido expresamente por la

Constitución Nacional, por imperio del artículo 75 inciso 22 al reconocer al pacto de San José de Costa Rica como uno de los que adquiere jerarquía constitucional, sin que derogue artículo alguno de la C.N. pero sí complementario de esta.

Es este un buen argumento para la penalización del aborto como medio de preservar el derecho a la vida. Pero dada las características especiales del sujeto pasivo del delito con un tipo diferente al del homicidio.

Ya establecido el bien jurídico tutelado, la importancia y jerarquía constitucional del derecho a la vida es de cuestionarse que es lo que sucede entonces con las causales de desincriminación vigentes en nuestro Código Penal en su artículo 86. Pero he de adentrarme en una causal que no se encuentra contemplada en el mencionado artículo que excluye la pena en si cuando "el embarazo es producto de una violación", es lo que llamaríamos Aborto Ético, Moral, Humanitario o Sentimental.

Consiste en autorizar el aborto en el caso de ser el embarazo el producto de una violación como agresión a la libertad sexual de la mujer.

Se argumenta a favor, que es el derecho que asiste a la mujer para rehusar el sufrir las terribles consecuencias de tan aberrante delito con repercusiones sentimentales, morales y sociales. Los que están en contra consideran que esta situación no se encuentra contemplada como un verdadero Derecho Humano.

Todas estas consecuencias a que hacen mención los sostenedores de este tipo de aborto o mejor dicho de desincriminación del aborto, no son otra cosa que la lamentable consecuencia del delito que sufriera la mujer, la violación es un delito con consecuencias inmediatas y diferidas en el tiempo. Sostienen que **"es brutal e inhumano permitir que una mujer tenga el hijo producto de una violación, por ello, para estos casos, debería legalizarse el aborto llamado "sentimental".**

Es menester aclarar que los embarazos que siguen a una violación son extremadamente raros, por varias causas. Por ejemplo, las disfunciones sexuales en los violadores, cuya tasa es extremadamente alta. En tres estudios se ha constatado que el 39, el 48 y el 54% de las mujeres víctimas del ataque no habían quedado expuestas al esperma durante la violación. En otro estudio se comprobó que el 51% de los violadores experimentaron disfunciones que no les permitieron terminar el acto sexual. Otra causa por la que son extremadamente raros los embarazos por violación: la total o temporal infertilidad de la víctima. La víctima puede ser naturalmente estéril; puede ser muy joven o muy vieja, puede estar ya embarazada o puede haber otras

razones naturales. El 43% de las víctimas se encontraba en estas categorías. La víctima puede estar tomando anticonceptivos, tener un DIU o ligadura de trompas, el 20% se situaba en esta categoría. Así, sólo una minoría de las víctimas tienen un potencial de fertilidad.

Además de la infertilidad natural, algunas víctimas están protegidas del embarazo por lo que se ha llamado stress de infertilidad; una forma de infertilidad temporal como reacción al stress extremo. El ciclo menstrual, controlado por hormonas, es fácilmente distorcionado por un stress emocional y puede actuar demorando la ovulación; o si la mujer ya ha ovulado la menstruación puede ocurrir prematuramente. También se sostiene que "**El aborto debe ser legal porque la mujer tiene derecho sobre su propio cuerpo**", pero ¿Tiene una persona derecho a decidir sobre su propio cuerpo? Sí, pero hasta cierto punto. En el aborto la mujer estaría decidiendo no sobre su propio cuerpo, sino sobre el de un ser que no es ella, aunque esté temporalmente dentro de ella.

Los que defienden la penalización del aborto aún en el caso de violación sostienen que procurar una legislación en base a una excepción en vez de una regla es totalmente irracional desde el punto de vista jurídico. Es obvio que el espantoso crimen de la violación es utilizado para sensibilizar al público en favor del aborto, al presentar al fruto inocente de una posible concepción brutal como un agresor.

Es claro que la mujer ha sufrido una primera espantosa agresión, la de la violación. Presentar el aborto como una "solución" es decir que un veneno hay que combatirlo aplicando otro. El aborto no va a quitar ningún dolor físico o psicológico producido en una violación. Al contrario, le va a agregar las complicaciones físicas y psíquicas que ya el aborto tiene de por sí.

Por otro lado, el fruto de este acto violento es un niño inocente, que no carga para nada con la brutal decisión de su padre genético.

Por otro lado, los legisladores más expertos señalan que legalizar el aborto "sentimental" es abrirle la puerta a serias complicaciones jurídicas: prácticamente cualquier unión, incluso consensual, podría ser presentada como contraria a la voluntad de la mujer y, por tanto, una violación.

Finalmente, el argumento más importante, es que el aborto por violación no es siquiera aceptado por sus verdaderas víctimas, las mujeres violadas.

Los detractores de esta forma de desincriminar al delito de aborto consideran que ante nada no debe perderse de vista la escala de valores y ninguna causa debe cercenar el derecho a la vida del feto, fuera cual fuera el origen de este.

Es una vida independiente de sus padres, más allá de la dependencia física que tenga durante el embarazo y aun después con la madre. Y bajo ningún aspecto puede ser víctima y mucho menos responsable de los actos de estos (tanto la agresión de digamos progenitor más que padre hacia la madre como el desprecio de esta hacia el producto de este hecho delictuoso), por más cruel que parezca el resultado. Afirman que en todo caso podría aumentarse la pena al que por medio de violación embarce a su víctima, pero esta es harina de otro costal. Sostienen que de ningún modo se puede vislumbrar como solución el asesinato (en definitiva eso es el aborto) de esa vida humana que es el feto, por mas aberrante que sea ese delito y las consecuencias que traiga aparejadas.

En el afán de reflejar como nuestros tribunales receptan y profundizan la doctrina desarrollada anteriormente, es que he elegido esta jurisprudencia que nos puede servir como testigo a fin de la mejor comprensión del tema y el tratamiento que le da la justicia, tanto a nivel nacional como de las provincias.

"Es legal el aborto tras una violación: Toda mujer goza de ese derecho, sin importar su capacidad mental. Además, deja en claro que la víctima no necesita una autorización judicial y que alcanza con una declaración jurada firmada por la solicitante (o quien la represente)." Tras el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el aborto no resulta punible en cualquier caso de violación. Toda mujer goza de ese derecho, sin importar su capacidad mental. Además, deja en claro que la víctima no necesita una autorización judicial y que alcanza con una declaración jurada firmada por la solicitante (o quien la represente). De esta manera, la Corte definió, por unanimidad, el alcance y la interpretación del artículo 86 inciso 2 del Código Penal.

Tal como detalla la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), los puntos más importantes son:

*** No es necesaria una denuncia por violación.** La Corte sostuvo que "la realización del aborto no punible (...) no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial", lo que implica que **no hay obligación de denunciar la violación** y que, por ende, la mujer puede solicitar se interrumpa el embarazo sin necesidad de recurrir a la justicia.

Esto simplifica de manera drástica el ejercicio de este derecho por parte de mujeres embarazadas por una violación.

* **Eliminar barreras normativas.** Exhorta a “autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, a los efectos de remover todas la barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”.

* **Dónde acudir para hacer un aborto no punible.** El fallo señala que el Estado debe garantizar el acceso rápido, seguro y accesible a la interrupción del embarazo, y así permitir que dicho procedimiento sea llevado a cabo en hospitales públicos.

* **Capacitación de funcionarios.** La Corte dispone las autoridades sanitarias, policiales, y educativas que tomen contacto con estas situaciones deben ser capacitadas de manera acorde a este fallo. Esto debería servir para poner pone fin a la interpretación heterogénea de la norma por parte de los jueces, que tradicionalmente redundaron en la negativa del personal médico de practicar procedimientos que son legales, y contribuyeron a más judicialización.

* **Difusión pública.** El máximo tribunal estableció que se deben realizar campañas de difusión pública que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación.

* **Asistencia a mujeres víctimas de violencia.** La Corte puso de relieve su preocupación por las mujeres que son víctimas de situaciones de violencia, y remarcó la necesidad de que se brinde asistencia expeditiva e integral a quienes padecieron abusos sexuales, incluyendo asistencia médica y psicológica.

Según Álvaro Herrero, Director Ejecutivo de la ADC, “la Corte Suprema saldó una deuda histórica con las mujeres, al dar certeza en la interpretación penal de este tipo de cuestiones y así garantizar el derecho de las mujeres al acceso a servicios médicos en los casos previstos por el Código Penal. De esa forma, el Tribunal no sólo contribuye a resguardar cientos de vidas de mujeres al año, sino que también exige el cumplimiento con los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia de derechos humanos”.

Para la Iglesia, sin embargo, nada justifica eliminar una “vida inocente”. Tal como se publica en una **nota** del diario Clarín, el presidente del Episcopado, monseñor José María Arancedo, ratificó la posición del catolicismo: “El aborto es la supresión de una vida inocente y no existe ningún motivo ni razón que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera en el caso lamentable y triste de una violación”.

Amnistía Internacional Argentina, por su parte, destacó la importancia de este fallo, ya que sienta un valioso precedente en materia de protección de los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres y del acceso a su salud sexual y reproductiva.

La presidenta de la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), **Mabel Bianco**, hace notar que “esto no va a obligar a ninguna mujer a interrumpir un embarazo si no quiere hacerlo, pero sí permitir que las mujeres, de cualquier edad y condición, que hayan sido violadas si eligen interrumpirlo puedan hacerlo en forma legal en un hospital público, sin poner en riesgo su vida y su salud”.

Además, el abogado **Alejandro Drucaroff** dijo que “la sentencia y la terminante doctrina establecida por decisión unánime de los Ministros de la Corte no deben confundirse con las propuestas legislativas ya planteadas en torno al derecho de la mujer a interrumpir un embarazo” y agregó que “las víctimas del grave y aún no suficientemente repudiado delito de violación ven así consagrado su derecho a poner fin a un embarazo que ha sido la consecuencia del crimen por ellas padecido”.

La Corte Suprema de Justicia respaldó, por unanimidad la decisión que había tomado la Corte de Chubut al autorizar un aborto a una chica de 15 años que había sido violada por su padrastro. Remarcó que, en esos casos, es suficiente la declaración jurada de la paciente. A los jueces les pidió no judicializarlos; y exhortó a los gobiernos a implementar protocolos hospitalarios.

"Este fallo no significa un cambio de la ley, pero es muy bienvenido porque significa superar la discusión sobre la interpretación del artículo 86, inciso 2, del Código Penal". Ahora le toca a los Ministerios de Salud de la Nación y las provincias garantizar estas prácticas médicas permitidas por la ley".

Es un tema tan complejo de analizar que la única conclusión a la que puedo arribar es considerar que quede al arbitrio de cada mujer considerar la solución más certera para su padecimiento, porque sobre tan nefasto

acontecer pueden surgir dos visiones completamente marginales. Algunas considerarán que la continuación del embarazo producto de una violación, les hará recordar por el resto de sus días tan aberrante delito y verán en el rostro de su propio hijo la maldad impregna del agresor; y otras considerarán que de tan nefasta situación puede renacer la vida misma, el amor más puro y considerar que ante la tempestad puede sobrevivir la flor más bella enrostrada en la dulce mirada de un hijo.

Dra. Alejandra Mariela Malica