

Los alcances del fallo de la Corte sobre el aborto producto de una violación

Rubén E. Figari (*)

1. Los hechos

Para que el lector entre en tema es necesario relatar los hechos sobre los cuales en definitiva se produce la decisión en la causa “F. A. L. s/medida autosatisfactiva” ⁽¹⁾ por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.-

A. F., en representación de A. G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010 solicitó a la justicia penal de la provincia de Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de la adolescente mencionada, sobre la base de lo previsto en el art. 86 inc 1º y 2º del C. P. – hay que aclarar que en el mismo fuero se tramitaba una causa contra O. C., esposo de la presentante, por la violación de A. G. –. De esta manera se relató que el 3/12/09 habían denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal y que, el 23 del mismo mes y año un certificado médico acreditó que A. G. se encontraba embarazada y en la octava semana de gestación, de acuerdo a las constancias obrantes en el expediente. En su momento, el juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación, ordenando en consecuencia, el pase de las actuaciones a la fiscalía. Este organismo declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido, de modo que la madre de A. G. inicia una medida autosatisfactiva que originó la presente causa. Paralelamente, con fecha 22/01/10 plantea ante la justicia de familia su solicitudes anteriores vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija, peticiones que fueron rechazadas tanto en primera instancia como en la alzada, empece los informes que se habían ordenado y que en lo principal reflejaban problemas psicológicos en A. G. producto del embarazo, incluido el riesgo de vida.-

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut, con fecha 8/03/2010 revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la presentante y en la sentencia dictada, con distintos fundamentos de los sufragantes se acordó que: a) El caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inc. 2º, primera parte del art. 86 del C. P.; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso.-

Así las cosas, la intervención médica abortiva se produjo el 11/03/2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.-

El decisorio fue puesto en crisis mediante recurso extraordinario por el Asesor General Subrogante de la provincia de Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y

(*) Profesor de Derecho Penal I y II de la Carrera de Abogacía de la U.N.S.L; Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal; Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes); Autor de numerosos libros y artículos especializados en Derecho Penal.

¹ elDial.com - AA 7457

Asesor de Familia e Incapaces, argumentando que no obstante de haberse llevado a cabo la práctica médica, el caso revestía gravedad institucional y que la interpretación del art. 86 inc 2º del C. P. que efectuó el a quo al no haberse restringido su interpretación y procedencia para el caso de la víctima violada idiota o demente vulneraba el plexo constitucional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (art. 75 inc. 23 de la C. N.) y de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.-

Por su parte la Defensora General de la Nación, asumiendo la representación de A. G., interpretó que correspondía confirmar la sentencia apelada al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado – víctimas de violaciones – debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (art. 86 inc. 1º del C. P.). Así también se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien representando al nasciturus solicitó que se revocara la sentencia recurrida.-

2. Los argumentos del decisorio

¿Qué dijo la Corte?-

En realidad aborda dos temáticas asimétricas, una la interpretación del art. 86 inc 2º del C. P. y otra, la obligación de los médicos de actuar en consecuencia en casos de abortos expresamente “no punibles por la ley” sin dilaciones judiciales, pues la ley no lo requiere.

En primer término, el Tribunal asume su jurisdicción empece a que los agravios carezcan de actualidad por haberse consumado el acto médico, al respecto argumenta que teniendo en cuenta lo rápido con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos es difícil, en la práctica que lleguen a estudio de ese Tribunal cuestiones constitucionales importantes que conllevan sin haberse tornado abstracto. Apelando al conocido precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U. S. 113- 1973) “las cuestiones relacionadas con el embarazo – o su eventual interrupción – jamás llegan al máximo Tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas, aún sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”. Ello significa que aunque la cuestión resulta abstracta – por la realización del acto médico, el aborto, – el Tribunal se pronuncia sobre la temática por la trascendencia del “factum”.-

En la parte medular del decisorio, la Corte invoca todos los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y en base a ello expresa que autorizar la interrupción de los embarazos sólo en los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental traería aparejada una distinción

irrazonable de trato respecto a toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación, lo cual resulta inadmisibles “máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada”.-

En segundo término, con sustento en los mismos Tratados Internacionales se aduce que el principio de inviolabilidad de las personas rechaza la tesis restrictiva de la norma según la cual se contempla como aborto no punible el caso del embarazo como consecuencia de una violación de una incapaz mental porque ello va en desmedro de aquella otra a quién se le pretende exigir que lleve a término un embarazo no querido como producto de una violación conculcando de esa manera uno de los principios más sagrado de la persona. Por ende en base a los principios de estricta legalidad y pro homine es menester adoptar una interpretación amplia.-

La Corte remarca – como la ha hecho inveteradamente – que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. De la lectura del art. 86 inc. 2º se advierte que el legislador al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “... (s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esa naturaleza. Agrega que un examen sistemático y conjunto de los diferentes apartados lleva a adoptar una interpretación amplia porque su redacción comienza estableciendo como premisa general que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. “Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” – referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación – “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones”. Además, señala la Corte, el mencionado art. 86 inc. 2º en concordancia con el sistema de abusos sexuales – art. 119 del C.P. – diferencia dos causas de embarazo: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Si la ley hace referencia a las causas de embarazo, el atentado al pudor no puede ser otro que un acceso carnal el que sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado como una forma de violación impropia y no es posible sostener que cuando el principio dice “violación”, también se refiera al mismo tipo de víctima, es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Reconoce que al formular esta norma, refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo – inadecuadamente, atento a que esta última figura por definición no implica acceso carnal – la correlativa prevista del

Anteproyecto del Código suizo de 1916, fuente del dispositivo y que estipulaba como aborto no punible el practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de un incapaz mental era denominado “profanación”.-

El fallo, antes de abordar el otro tema, en base a lo establecido por el art. 19 de la C.N. afirma que el art. 86 inc. 2º del C.P. no exige ni denuncia ni prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. “Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de ese hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por la ley penal”. Con relación a lo antes dicho en el cons. 28 el Tribunal admite y advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, pero considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos – situación hipotética – no puede erigirse en razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce de sus legítimos derechos o que constituya un riesgo para su salud.-

En cuanto al otro tema que también aborda el Tribunal cimero y en base al caso en cuestión, destaca la judicialización en estos casos que se reiteran como una verdadera práctica institucional, la que además de ser innecesaria es ilegal porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada y porque la demora que trae consigo esa burocracia pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como el derecho al acceso a la interrupción de un embarazo en condiciones seguras. Se afirma enfáticamente que “...a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión en este Tribunal (artículo 86 inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de las garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación”. Entonces el Tribunal recuerda que tanto los profesionales de la salud como los operadores de los diferentes poderes judiciales o provinciales, de acuerdo a la normativa del art. 19 del la C.N. y 86 inc. 2º del C.P., no pueden obligar a la víctima o a su representante a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, porque la ley no lo exige, de modo que advierte a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades en vez de enfrentarlas ante la situación fáctica, la misma admonición se extiende a los operadores judiciales, pues es la embarazada junto con el profesional de la salud quienes deben

decidir si la interrupción del embarazo debe ser llevado a cabo o no y no un magistrado a pedido del médico. Finalmente, exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles para remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras y comprometa la atención de la requirente del servicio. Asimismo, apela a que en los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones se implementen campañas de información pública, especialmente a focos vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación.-

En base a todo ello declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada.-

3. Opinión y desarrollo de los antecedentes.

En realidad lo que ha hecho la Corte mediante el dictado de este fallo ha sido poner luz sobre lo oscuro y adoptar una posición – la amplia – en una polémica que nace con el mismo código de 1921 sobre la interpretación exclusiva del inc. 2 del art. 86 del C.P. No se puede hacer otra lectura, salvo que se quiera ver el árbol y no el bosque. Afirmar que con este fallo se abre la despenalización del aborto es erróneo, porque de su lectura nada hace presumir esa conclusión, simplemente se aclara una norma que trata el aborto impune practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta, más propiamente el inc. 2º de confusa redacción y por otra parte se reafirma el concepto de la no judicialización del trámite, cosa frecuente en los últimos tiempos, esgrimiendo una interpretación *in malam partem* de la ley. La despenalización del aborto en forma indiscriminada es una situación que se está barajando a nivel del Poder Legislativo y esto sí va a concitar una gran polémica, pero que quede claro que los resultados de este fallo – como lo dijo el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – no abre una puerta a la despenalización del aborto.-

Desde antaño a esta norma se la ha denominado “aborto eugenésico” y “aborto sentimental” y no se tuvo claro si sólo se refiere al primero, al segundo o a ambos.-

A decir verdad, la denominación de “aborto eugenésico” resume un tufillo racista imposible de soslayar y que se traduce en los textos de la Exposición de Motivos de la Comisión del Senado al considerar el Proyecto del Código Penal “...es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa a los fines del perfeccionamiento de la raza” – refiriéndose a la mujer idiota o demente –. JIMÉNEZ DE ASÚA ⁽²⁾, cuyas cavilaciones fueron citadas por la Comisión del Senado, haciendo referencia al Anteproyecto suizo (art. 112) fuente del art. 86, manifestaba: “Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto

² JIMÉNEZ DE ASÚA Luis “*El aborto y su impunidad*” LL 26-977 y “*Libertad de amar y derecho a morir*” Ed. Losada, Buenos Aires, 1946.

con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado”.-

Entre los que consideran que la norma sólo comprende el aborto “eugenésico” se apunta que no es punible el aborto bajo estas condiciones: que el embarazo provenga de un acto carnal con una mujer que, en el momento del hecho, era idiota o demente; que exista el consentimiento de la mujer – en caso de que estuviera sana en el momento de prestarlo – o el de su representante legal y a falta de éste, el de su guardador (³) y no aceptaban el aborto “sentimental” basándose fundamentalmente en la estructura de la fórmula legislativa: porque falta una coma después de la palabra violación la que no habría sido omitida si se hubiera querido distinguir el caso de la violación del que le sigue; y porque las palabras “en este caso” aluden a un caso único, de lo contrario se hubiera dicho “en este segundo caso”, o “en este último caso” (⁴).-

A este argumento de la falta de la coma se le replicaba que “aunque no supone incorrección sintáctica u ortográfica poner coma antes de la conjunción copulativa o de la “o” disyuntiva, cosa que puede hacerse cuando necesitamos destacar un período, de ordinario no van precedidas de comas dichas conjunciones, a lo que se agrega que en el proyecto suizo se utilizaba para separar dos de los tres casos que figuraban en el texto: violación, atentado al pudor en mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto. Fatalmente entre los dos primeros casos había de hallarse una coma, que no aparece en el tercer caso separado por la conjunción disyuntiva “o”. También se ha hecho otro tipo de consideraciones que de citarlas excederían el marco de este comentario.-

Pero debe recalcarse sintéticamente algo que es fundamental para la interpretación legal de esta norma. En efecto, el Código Penal argentino en su antiguo art. 119 contemplaba – con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.087 – todos los supuestos de violación, vale decir, el acceso carnal con menor de doce años (inc. 1º), con persona privada de la razón o sentido (inc. 2º) y cuando se usare fuerza o intimidación (inc. 3º), en tanto que el proyecto suizo de mentas, siguiendo la orientación de la legislación alemana, utiliza denominaciones técnicas distintas para designar la violación mediante el uso de la fuerza o intimidación a la que llama propiamente *notzucht*, y a la violación de la mujer idiota o enajenada la llama *schändung* – profanación –. Así, esta última palabra o término en la versión francesa del Proyecto suizo se traduce en: “*attentat à la pudeur d’une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*” (atentado al pudor de una mujer idiota, alienada, inconsciente o incapaz de resistir) y esta es la versión y la traducción que toma la Comisión de Código del Senado de la Nación y es trasladada al art. 86 del C.P. (⁵). Pero aún existe otro elemento más, de carácter gramatical o si se quiere de sintaxis, en el que

³ FINZI Marcelo “El llamado aborto eugenésico. El consentimiento del representante legal” JA 1946-IV-426.

⁴ Idem (ob. cit. JA 1946-IV-425)

⁵ FIGARI Rubén – BAILONE Matías “El delito de aborto y la cuestión penal” Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 186.

probablemente no se ha reparado y que da mayor sustento a la posición de la tesis amplia. En la redacción del inc. 2º del art. 86 se utiliza la palabra “cometido” en singular al referirse a la violación o a un atentado al pudor. Gramaticalmente si se hubiese querido referir al caso de una mujer idiota o demente, en la que se ejecutaran cualquiera de las dos acciones se tendría que haber utilizado el plural en la palabra “cometido”, quedando en realidad redactado “cometidos” (6).-

SOLER remarca que: “Para nosotros, pues el equívoco tenía dos causas: el hecho de que la palabra *violación* sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse en nuestro Código resultaba equívoca con respecto a la expresión “abuso deshonesto”. Para entender la disposición, pues, es necesario afirmar que *en este caso* la ley ha llamado “atentado al pudor” a la violación prevista en el inc. 2º del art. 119 y que en consecuencia, la impunidad sancionada en el art. 86, alcanza a todo caso de violación, y no sólo al de la mujer idiota o demente” (7).-

Hubo varios proyectos y decretos leyes que trataron de enmendar las falencias de la redacción que antes se apuntaba. En efecto, por ejemplo el Proyecto Coll-Gómez de 1937 en el art. 125, bajo la rúbrica de “aborto autorizado” decía: “No dará lugar a sanción alguna el aborto que practique un médico diplomado con el consentimiento de la mujer o de su representante legal, cuando el embarazo proviene de una violación” (8).-

El Proyecto Peco de 1941 en la segunda parte del art. 121 rezaba: “No dará lugar a sanción alguna el aborto proveniente de una violación o incesto, practicado antes de los tres meses de embarazo” (9).-

⁶ FIGARI Rubén “*Homicidios*” segunda edición corregida y ampliada, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 121.

⁷ SOLER Sebastián “*Derecho Penal argentino*”, t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1951, ps. 130/131.

⁸ Con respecto a ello la Exposición de Motivos decía que la primera hipótesis – el realizado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre – caía dentro del estado de necesidad y por lo tanto era inútil consignarlo expresamente. En cuanto a la segunda hipótesis se apuntaba que “en parte, carece de sentido, pues el embarazo no puede provenir de un atentado al pudor que, conforme a una clarísima definición del mismo código se caracteriza por la circunstancia de no haber habido acceso carnal. El código, por otra parte, limita la justificación al caso en que la violación o ultraje al pudor se haya cometido sobre una mujer idiota o demente. Nosotros excluimos la primera hipótesis, porque, cuando ella se realiza, no hay delito, desde que se procede el estado de necesidad; y corrigiendo los defectos señalados, con relación a la segunda, establecemos que no dará lugar a sanción alguna el aborto que practique un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer o del representante legal, cuando el embarazo provenga de una violación” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio- ARNEDO Miguel “*Digesto de Codificación Penal Argentina*” t. IV, Ed. A-Z Editora, Madrid, 1996 ps. 608/609)

⁹ En la Exposición de Motivos Peco señalaba: “Introducimos dos modificaciones al artículo 86. En el aborto del inciso 2º, se suprime el procedente de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Como lo destaca el maestro Ramos es compatible con la sistemática del proyecto suizo de 1916, pero inconciliable con la del código argentino. A diferencia del código suizo el atentado al pudor excluye el acceso carnal en la legislación argentina. En el código actual el aborto se contrae a la violación sobre la mujer idiota o demente. Así se colige del contexto, de los propósitos eugenésicos y de la fuente del artículo. Así lo establece explícitamente el código penal de Ecuador, sin la ambigüedad del texto

El Proyecto Soler de 1960 bajo la rúbrica de “aborto impune” en el art. 120 consignaba: “No es punible el aborto practicado por un médico, con consentimiento de la mujer encinta:...2º si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción haya sido iniciada. Si la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.-

Como se sabe estos proyectos no tuvieron en su momento tratamiento parlamentario, salvo el de Soler que se interrumpe por un golpe institucional. Pero la cuestión retoma su vigencia con motivo de la aprobación de la *ley de facto* 17.567 de 1967 tomando la fórmula del Proyecto Soler con algunas pequeñas modificaciones que no son sustanciales: “inc. 2º) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.-

FONTAN BALESTRA - MILLÁN reseñan que el inc. 2º fue uno de los que provocó mayores dificultades en la interpretación de la ley argentina, situación que la reforma trata de salvar con la nueva redacción. Se suprimió la referencia al embarazo proveniente de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, limitándose a prever el que proviene de una violación. De este modo se aclara que la norma alcanza a los embarazos que provienen de cualquier modalidad de violación, pero además se requiere que el hecho de ésta haya sido motivo de acción penal y esta exigencia se explica por sí misma y tiende a evitar supercherías. “Se ha sostenido la conveniencia de llevar la provisión al extremo de exigir la condena por el delito denunciado, pero tal exigencia conduciría, en la práctica, a causar abortos sobre embarazos muy avanzados, para el supuesto más favorable de que la condena fuera anterior al nacimiento. La acción, tratándose de incapaces, debe ser interpuesta por las mismas personas cuyo consentimiento es necesario para practicar el aborto, ya que la violación es un delito dependiente de instancia privada. Cuando la víctima del delito contra la honestidad es una persona capaz, no existe problema alguno” (10).-

Pero esta reforma fue derogada por la ley 20.509 del año 1973 volviendo la situación a la redacción del “Código de 1921”.-

Pero los vaivenes institucionales nos llevan a la *ley de facto* 21.338 de 1976 que restaura la fórmula de la 17.567. En 1979 un Proyecto reproduce el texto de estas dos normativas en el art. 126. Posteriormente, con el advenimiento de la democracia se deroga la *ley de facto* 21.338 y vuelven las cosas al estado anterior, tal cual vige en la actualidad.-

argentino. Con todo, sea cual fuere la interpretación del código, la causa de no punibilidad alcanza a todo aborto oriundo de una violación. El vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa...” (Cfme. Idem ob. cit. t. V p. 195)

¹⁰ FONTAN BALESTRA Carlos- MILLAN Alberto “*Las Reformas al Código Penal. Ley 17567*” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 79/80

Por último el Anteproyecto de la reforma integral del Código Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación del año 2004, pergeña el art. 93 con el siguiente texto: “Abortos no punibles. El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible: ... b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal”.-

Como se apreciará del decurso de todo este panorama concerniente a los antecedentes legislativos y las normas que tuvieron operatividad en algunos instantes de nuestra historia, en ningún caso se intentó despenalizar el aborto en forma indiscriminada. Y bien que estuvo, porque esa no es nuestra ideología la cual hemos puesto de manifiesto en reiterados trabajos. La temática siempre rondó en tratar de corregir la ambigua redacción originaria del art. 86 inc. 2º y establecer con precisión cuáles son los abortos no punibles que se reducían a dos casos, manteniendo la punibilidad para los restantes.-

De modo que entendemos que lo ha hecho la Corte ha sido fijar una posición sobre esos abortos no punibles, fundamentalmente sobre el consignado en el inc. 2º y nada más. Quizás la parte más vulnerable del fallo consiste en el requisito de la presentación de una declaración jurada ante el profesional de la salud, cuando en otros intentos de reformas o legislaciones vigentes en cierto lapso, el requisito era el inicio de una acción penal por el delito contra la integridad sexual cometido. Ello lo convertía en una cuestión más sólida que la mera declaración jurada, aunque si la misma es falsa la consecuente punición resulta bastante grave desde el punto de vista penal.-

Otro punto sobre el que se expide la Corte, pero más que nada haciendo recomendaciones, es el hecho de no judicializar el trámite de la interrupción del embarazo en los casos de aborto producto de una violación, para ello nos remitimos a las razones esgrimidas por el Tribunal cimero en los considerandos pertinentes. Porque ello conspira contra la salud de la víctima, burocratiza el trámite, debido a que los tiempos biológicos no condicen con los tiempos de la justicia y ponen en grave riesgo a la víctima. Aconseja un protocolo de actuación y ampara la objeción de conciencia.-

Esta posición la venimos sosteniendo desde antaño con respecto al art. 86 inc. 1º, que válidamente puede extenderse al inc. 2º, al comentar un fallo sobre estas dilaciones perjudiciales hemos concluido en lo siguiente. “a) Que resulta indiscutible que la protección jurídica de la vida comienza desde la concepción intra o extra corpore con posterioridad a la anidación en el seno materno, circunstancia reconocida y tutelada por la Constitución Nacional y los Tratados Regionales e Internacionales que han adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el art. 75, inc. 22. b) Que la destrucción del feto sea por la madre o con la intervención de un tercero constituye delito y por ende es punible por la normativa penal. Y así debe seguir siendo. c) Que el art. 86, inc. 1º e inc. 2º conceden una autorización legal o exime de punición al médico y la mujer encinta, en el primer caso, a fin de realizar un aborto terapéutico cuando se den las causales allí establecidas. En el segundo caso, hace lo propio en lo concerniente

al médico y el representante legal. d) Que dichas disposiciones no están reñidas con el ordenamiento constitucional. e) Que en el caso del inc. 1° (motivo de este ensayo) los únicos que toman parte del evento son el médico diplomado y la mujer encinta con prescindencia de cualquier otra opinión (llámese judicial) por tanto es irrelevante e innecesario la solicitud efectuada en tal sentido. f) Que el fallo que se ha analizado a la luz de lo expuesto, recepta estos principios” (¹¹).-

¹¹ FIGARI Rubén “*Aborto terapéutico (y un fallo paradigmático)*” LLBA 2005 - 1332.