

Ley de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo: una mirada desde el Código Penal

POR NOEMÍ E. GOLDSZTERN DE REMPEL(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Ley de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.- III. El Código Penal.- IV. Abortos punibles.- V. Conclusión.- VI. Bibliografía.

Resumen: la sanción de la ley de interrupción voluntaria del embarazo impactó en el Código Penal Argentino produciendo cambios de significativa trascendencia. Desde la corrección del momento de inicio de la protección jurídico penal de la vida, hasta la virtual no punibilidad de la muerte del feto cuando es practicada o consentida por la persona gestante, pasando por la derogación del aborto profesional y la incorporación de la dilación, obstaculización o negativa del funcionario público o personal de salud en practicar un aborto, la nueva ley toma posición clara en el conflicto entre la vida del feto y la autonomía de la persona gestante en favor de la libertad de decisión de ella.

Palabras claves: aborto - IVE - Código Penal

Loi sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse: un regard depuis le Code Pénal

Résumé: la sanction de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse a eu un impact sur le Code Pénal Argentin, produisant des changements d'une importance

(*) Dra. en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Subsecretaria de Planeamiento Educativo, Facultad de Derecho (UBA). Dir. del Programa de Actualización en Bioética, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho (UBA). Dir. del Seminario Permanente de Investigación en Bioética, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho (UBA). Prof. Adjunta Ordinaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UBA). Prof. de las carreras de Posgrado en las Especializaciones en Derecho Penal, Derecho de Familia y Bioética, Universidades de Buenos Aires, Nacional de la Patagonia, Nacional Del Centro de la Provincia de Buenos Aires, del Comahue, de Lomas de Zamora, de Mar del Plata, de Tucumán, de Belgrano y de Palermo entre otras. Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro activo de la Asociación Argentina de Bioética Jurídica. Integrante del Consejo de Bioética del Instituto Internacional de Derechos Humanos, capítulo para las Américas y del Consejo Académico de Ética de la Academia Nacional de Medicina. Becaria de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París.

significative. De la correction du moment de l'initiation de la protection juridique pénale de la vie, à la quasi-non-punition de la mort du fœtus lorsqu'elle est pratiquée ou consentie par la personne enceinte, en passant par l'abrogation de l'avortement professionnel et l'incorporation de retard, obstruction ou refus de l'agent public ou du personnel de santé de pratiquer un avortement, la nouvelle loi prend clairement position dans le conflit entre la vie du fœtus et l'autonomie de la personne enceinte au profit de sa liberté de décision.

Mots clés: *avortement - IVG - Code Pénal*

I. Introducción

El presente artículo pretende brindar al lector una mirada sobre el articulado del Código Penal modificado con la recientemente sancionada ley de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, mediante un condensado análisis de su regulación.

Después de años de espera de políticas públicas que acompañen la decisión de aquellas personas gestantes que eligen interrumpir la gestación en un marco legal, alejadas de la clandestinidad y combatiendo la desigualdad generada por los diferentes niveles socioeconómicos, finalmente el 30 de diciembre de 2020 se sancionó la ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Si bien el aborto no punible existe en nuestra legislación desde 1921, fue preciso que transcurriera prácticamente un siglo para que, además de los supuestos de no punibilidad vigentes en el sistema normativo desde la sanción del Código Penal, se incorporara al derecho positivo la legalización de la práctica, con una activa participación del Estado.

El abordaje de la problemática del aborto y de la interrupción voluntaria de la gestación excede ampliamente el marco exclusivamente jurídico, está atravesado por cuestiones médicas, de salud pública, éticas, morales, religiosas, historias de vida que condicionan las convicciones personales más allá del texto legal. Así como nadie que condene la práctica va a interrumpir su gestación solo porque sea legal, seguramente nadie que haya tomado la decisión de terminar su embarazo deje de hacerlo por su prohibición. Y será aquí, en la obligada clandestinidad, donde aparecerán las enormes diferencias generadas por las desigualdades socioeconómicas de las personas gestantes cuyos cuidados y riesgos dependerán de la capacidad económica para concretar su decisión.

La legalización elimina las desigualdades al permitir el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) a través de todos los sistemas y subsistemas de salud, dándole a la práctica, mediante su gratuidad, las mismas condiciones

de seguridad sanitaria, cualquiera sea la clase socioeconómica de la persona gestante. Así, la interrupción voluntaria y segura del embarazo se transforma en una política de salud pública, respetuosa de la noción de salud en general y de salud sexual y reproductiva en particular, reconocida por la Organización Mundial de la Salud en concordancia con los derechos humanos garantizados en los instrumentos internacionales reconocidos en la Constitución Nacional por mandato del artículo 75 inciso 22.

El articulado de la norma en estudio honra los mandatos de los órganos de seguimiento de esos Tratados que integran el bloque de constitucionalidad, continuando el camino iniciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente conocido como “F.A.L.” (1).

La introducción de la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema normativo argentino entraña una importante modificación en las normas penales que regulan los delitos contra la vida previstos en el Código Penal.

II. Ley de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo

El artículo 1, con prístina claridad, enuncia el objeto de la ley y su armonía con el plexo constitucional y convencional al declarar que la “presente ley tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino, en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otra identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible”.

En un único y escueto párrafo enuncia postulados de trascendental importancia: a) que será legal el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE); b) que se podrá obtener atención médica con posterioridad a la práctica; c) que con las regulaciones de su articulado, la presente ley cumple con las recomendaciones de los órganos convencionales que monitorean los tratados de derechos humanos(2) en punto a honrar los derechos humanos de las personas gestantes y los compromisos constitucionales e internacionales asumidos; d) que la mirada sobre los destinatarios de la norma es congruente con leyes anteriores (3) al

(1) CSJN, Fallos: 335:197, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

(2) Entre ellos el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la causa “L.M.R vs. Argentina”, que observó (entre otras varias consideraciones) que la negativa al aborto legal es violatoria del art. 3 —derecho a la igualdad entre varones y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos—; violatoria del derecho a la privacidad (artículo 17) y que conforme el artículo 7 configuró un trato cruel, inhumano y degradante (CCPR/C/101/D/1608/2007 del 29/03/11).

(3) Como la ley 26.743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas.

referirse a las mujeres y otras personas que sin ser mujeres tengan identidades de género con capacidad de gestar y e) que se trata de una cuestión de salud pública, con el claro objetivo de contribuir al mejoramiento de la salud sexual y reproductiva y la preservación de la vida y la salud integral de las personas con capacidad de gestar, evitando y/o disminuyendo las muertes generadas por causas evitables y los daños en el cuerpo y en la salud prevenibles.

Continuando con la mirada constitucional y convencional serán las prescripciones del artículo 3 las que remitan a la norma fundamental y a los instrumentos internacionales en ella contenidos, ampliándolas, inclusive, a otros como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem de Para”, en consonancia con las recomendaciones de los comités que supervisan el cumplimiento de los tratados. La protección a ultranza de los derechos sexuales y reproductivos, de la vida, de la dignidad, la autonomía, la salud, la educación, la integridad, la diversidad corporal, la identidad de género, la diversidad étnico-cultural, la privacidad, la libertad de creencias y pensamientos, la información, el goce de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias se hallan taxativamente enumerados y contemplados en el articulado, en clara afirmación de su reconocimiento.

En el artículo 2 se hallan enumerados los derechos de todas las personas con capacidad de gestar en el marco del ejercicio de las aptitudes vinculadas a la salud sexual y reproductiva. Será la guía técnica y de políticas para sistemas de salud para abortos sin riesgos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) el modelo que orientará los principios allí desplegados. Así, al derecho a interrumpir el embarazo, a requerirlo en los servicios del sistema de salud, a recibir atención postaborto dentro del mismo sistema, aun cuando la decisión hubiera sido tomada fuera de los casos legalmente habilitados, se agrega el derecho a prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

La vida del feto es un bien valioso que encuentra reconocimiento constitucional y convencional. La libertad de la persona gestante también es un bien valioso que cuenta con el mismo nivel de protección. Cuando ambos bienes jurídicos son armónicos, ambos encuentran amparo legal, reprimiéndose penalmente su afectación. El conflicto se presenta cuando estos dos calificados bienes no concurren: mientras el feto quiere vivir —y se presume que el feto siempre quiere vivir— la persona gestante no quiere estar embarazada; el bien jurídico vida del feto y el bien jurídico libertad de la persona gestante colisionan. El ordenamiento jurídico no tiene establecido a priori un método de resolución de este tipo de conflictos, por lo que se impone la ponderación como forma de preferir un derecho

fundamental por sobre otro cuando principios constitucionales con igual rango se enfrentan. En la base de esta ponderación está la proporcionalidad que implica establecer una preferencia referida al caso concreto y no como respuesta válida a todo supuesto.

Existen dos sistemas legislativos diferentes que aspiran a resolver la disputa planteada, conocidos como sistema de plazos y sistema de condiciones o indicaciones.

En el sistema de plazos se fija un lapso temporal dentro del cual la práctica de la IVE no tiene reproche penal. Los plazos varían en las diferentes legislaciones, oscilando, mayoritariamente, entre la semana doce y la semana catorce de la gestación, si bien existen normativas con plazos mucho más extensos. La interrupción del embarazo es una práctica médica, por lo que se realizará dentro del sistema de salud por profesionales del arte de curar, en cualquiera de los subsistemas previstos. Como se trata de una práctica médica, requerirá, como todas, el consentimiento informado de la persona gestante. Y en la mayoría de los países será acompañado por un sistema de asesoramiento e información que orientará a la persona gestante para evitar futuras gestaciones no deseadas aconsejándola sobre los métodos anticonceptivos más adecuados para su situación de familia, edad y salud.

El sistema de condiciones o indicaciones, en cambio, establece un repertorio de motivos que, de hallarse presentes, transforman en no punible la conducta de la persona gestante que termina con la gestación. Los motivos van variando entre los diferentes sistemas normativos, siendo cinco los más utilizados: terapéutico, eugenésico, sentimental, *honoris causa* y socioeconómico.

La causal terapéutica, llamada también necesaria, encuentra su motivación en el peligro en la vida o en la salud de la persona gestante, la condición eugenésica se sustenta en malformaciones fetales, la indicación sentimental o ética se fundamenta en que la gestación ha sido impuesta mediante la comisión del delito de violación, el móvil de honor se origina en la inobservancia de mandatos morales que prescriben las relaciones sexuales únicamente dentro del matrimonio, en tanto la razón socioeconómica proviene de incapacidad de satisfacer las necesidades básicas.

Desde su sanción en 1921, el Código Penal Argentino se decantó por el sistema de condiciones o indicaciones, incluyendo dos causales de no punibilidad: la indicación terapéutica y la condición sentimental. **El cambio más trascendente de la presente ley se presenta en este punto. A las dos causales históricas de no punibilidad previstas en el ordenamiento jurídico, el artículo 4 agrega, por primera vez en el plexo normativo argentino, el sistema de plazos.**

Así, habrá interrupción voluntaria de la gestación cuando, cumpliendo con el plazo de catorce semanas previsto en el artículo o con las dos condiciones allí reguladas, la persona gestante decida terminar con la gestación. La muerte dolosa del feto en el seno materno o por expulsión prematura después de las catorce semanas sin que exista peligro en la vida o en la salud de la persona gestante o sin un abuso sexual como origen del embarazo constituirá el delito de aborto, expresamente previsto en el Código Penal.

III. El Código Penal

El Libro Segundo del Código Penal contiene el catálogo de los delitos ordenados conforme el bien jurídico protegido, sistematizando en los primeros títulos los delitos que afectan los bienes jurídicos cuyo titular es el individuo, seguidos de los delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos públicos.

Dentro de cada uno de estos grupos, a su vez, los diferentes bienes jurídicos se hallan ordenados según su importancia relativa, encabezando el listado el título de los delitos contra las personas y, en particular, el capítulo de los delitos contra la vida.

Los delitos contra la vida —con el exclusivo alcance de vida biológica— encuentran dos grupos de tipos penales que castigan su menoscabo: el grupo de delitos que reprimen los homicidios y el grupo que reprime los abortos. Los artículos 85 a 88 serán los encargados de regular el delito de aborto en el sistema normativo argentino. Estos tipos penales han sido modificados conforme las disposiciones de la ley 27.610, que mediante los artículos 14 a 18 introducen significativas reformas en su conceptualización.

No es función del derecho en general ni del derecho penal en particular responder la pregunta sobre que es la vida o cuando ella comienza. Corresponderá al derecho penal satisfacer el interrogante, mediante la conceptualización del sujeto pasivo del delito de aborto, respecto del momento de inicio de la protección jurídico penal de la vida.

Hasta la sanción de la ley en análisis, la respuesta ubicaba el momento de inicio de la protección jurídico penal de la vida en la concepción con el alcance atribuido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*” (4), entendido como anidación (5).

(4) CIDH, caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*”, sentencia del 28/11/12.

(5) En contraposición a fecundación por los motivos expuestos en el precedente citado.

La novel redacción del artículo 86 determina **dos momentos diferentes de inicio de la protección jurídico penal de la vida, según que la destrucción del feto se produzca sin el consentimiento de la persona gestante o con dicho consentimiento en un plazo determinado.**

Si la persona gestante no consiente la destrucción del producto de la concepción, la vida del feto estará protegida desde la anidación. En cambio, la prescripción del primer párrafo del artículo 86 determina que la protección jurídica de la vida del feto, cuando la persona gestante consiente su destrucción, comience solo cuando se hayan superado las catorce semanas de gestación.

III.1. Interrupción voluntaria de la gestación

El artículo 86 del Código Penal recoge el actual sistema mixto:

- a) por un lado, considera legal la muerte del feto producida con el consentimiento de la persona gestante en tanto sea realizada hasta la semana catorce inclusive de la gestación,
- b) por otro lado, declara no punible la muerte del feto requerida por la persona gestante posterior a la semana catorce de la gestación si se cumple con alguna de las siguientes condiciones:
 - 1) que el embarazo sea producto de una violación o
 - 2) que estuviere en riesgo la vida o la salud de la persona gestante.

Esta disposición, que recoge las prescripciones del artículo 4 de la ley 27.610, debe ser armonizada con lo regulado por el artículo 7 del mismo cuerpo normativo que exige, previo a la interrupción legal del embarazo, el consentimiento informado de la persona gestante conforme lo establece el artículo 59 del Código Civil en concordancia con la ley 26.529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

El principio de autonomía, uno de los cuatro pilares (6) del Principialismo (7), encuentra su basamento en la convicción de que el ser humano debe ser libre en la toma de las decisiones que afecten su vida y su salud. Para poder ejercer esa libertad de manera adecuada, debe contar con la información satisfactoria que lo guíe en su determinación. Ello exige, por parte del profesional médico, el deber

(6) Los otros tres: no maleficencia, beneficencia y justicia.

(7) Surgido en la década del 70, expresado en el libro *Principios de ética biomédica* de Tom Beauchamp y James Childress.

de brindar adecuadamente toda la explicación necesaria que habilite al paciente a participar inteligentemente de su proceso de salud. Anoticiado por el médico de la naturaleza del procedimiento, beneficios esperados, probabilidades relativas de éxito, riesgos, efectos secundarios, molestias y alternativas posibles, podrá decidir prestar su conformidad para una práctica o intervención médica. La expresión jurídica del principio de autonomía es el consentimiento informado, incorporado al sistema normativo argentino desde la sanción en el año 2009 de la Ley de Derechos del paciente, pero de uso consuetudinario muy anterior.

La capacidad para prestar consentimiento válido ha sido objeto de abordaje específico en los artículos 8 y 9 de la ley 27.610.

El artículo 8 refiere a los supuestos en los que la persona gestante es menor de edad y establece que serán de aplicación:

- a) el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y
- b) la resolución de la Secretaría de Salud Comunitaria 65/2015 que aprueba como marco interpretativo del CCiv. y Com. una lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos.

Estipula que las mencionadas disposiciones deben ser interpretadas en función de:

- Lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.
- La Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (26.061).
- El artículo 7 del anexo I del decreto reglamentario 415/2006 de la ley de Protección integral de los derechos de NNyA.
- El decreto reglamentario 1282/03 de la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud.

Respetando los lineamientos enunciados es posible establecer tres categorías de personas menores de edad:

- 1) Personas entre 16 y 18 años.
- 2) Personas entre 13 y 16 años.
- 3) Personas menores a 13 años.

- 1) Las personas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, si bien resultan menores de edad, son consideradas adultas para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (8). En consonancia con las disposiciones del Código Civil y Comercial, el apartado a) del artículo 8 de la ley 27.610 sostiene la plena capacidad de estas y estos menores para decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce de la gestación, prestando su consentimiento válido y ejerciendo todos los derechos otorgados por la norma.
- 2) Las personas mayores de trece años y menores de dieciséis años tienen un régimen diferenciado en el Código Civil y Comercial según el tipo de tratamiento que deban realizar. Tomando en consideración el criterio de interpretación explícitamente enunciado por el artículo 8 de la ley, las personas gestantes incluidas en este rango etario podrán decidir por sí mismas y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce inclusive del proceso gestacional, prestando por sí el consentimiento informado requerido.

La excepción a esta autonomía de la persona gestante de entre trece y dieciséis años surgirá si por cuestiones inherentes al caso particular derivadas del estado de salud de la adolescente fuere menester realizar una intervención quirúrgica para interrumpir la gestación que pudiere provocar un riesgo grave en su vida o en su integridad física; en este caso el consentimiento de la menor deberá ser acompañado del asentimiento de un adulto. Para así interpretar se debe tener en cuenta lo dispuesto por la ya citada resolución 65/2015 que sostiene que “las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir (...)” (9).

- 3) Las personas gestantes menores de trece años podrán decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce del proceso gestacional con la asistencia de un adulto que complete el consentimiento por ellas prestado. Es importante remarcar que la interrupción de la gestación solo se podrá realizar en tanto la persona gestante, menor de trece años, la decida y la requiera. La “voluntariedad”, requisito indispensable de la práctica,

(8) Artículo 26 *in fine* CCiv. y Com.

(9) 2.2 Resolución 65/2015 Secretaría de Salud Comunitaria, apartado 2.2 el Documento de acuerdos “Sobre los criterios de interpretación del artículo 26 a efectos de indicar criterios etarios para la presunción de autonomía en adolescentes”.

es la de la persona gestante, el rol del adulto será, únicamente, el de acompañar con su asentimiento.

En el caso de personas con capacidad restringida, el artículo 9 establece que aquellas que tuvieren esa capacidad limitada por sentencia judicial, en tanto la restricción no se relacionara con los derechos reproductivos, estará en condiciones de prestar su consentimiento informado sin impedimento ni autorización previa, pudiendo contar con la asistencia del sistema de apoyos previstos en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación. Enfáticamente establece la norma que las personas que actúan como sistema de apoyo no deben sustituir ni representar a la persona con discapacidad, por lo que se impone la incorporación de salvaguardas que impidan abusos y garanticen que las decisiones sean las tomadas por la titular del derecho.

Si se tratare de personas que por sentencia judicial de restricción están impedidas de decidir y prestar el consentimiento para acceder a la interrupción del embarazo o de personas declaradas incapaces judicialmente, el consentimiento deberá ser prestado con la asistencia de su representante legal, si lo tuviere, o, en caso de ausencia o falta de representación, con la colaboración de una persona allegada conforme lo establece el artículo 59 del CCiv. y Com.

La primera parte del artículo 4 de la ley 27.610 reiterada en el primer párrafo del artículo 86 del Código Penal introduce la principal de las reformas de la ley, el sistema de plazos que debe ser complementado, en su interpretación, con el primer párrafo del artículo 5 en tanto fija un plazo perentorio para que la interrupción del embarazo se lleve a cabo. Dicho apartado enuncia el término de diez días corridos desde su requerimiento para que la interrupción se concrete en los servicios de salud del sector público, de las obras sociales y de la medicina prepaga de manera integral y gratuita, incorporadas todas las prestaciones en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y en el PMO con cobertura total, junto con las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (10).

Siendo la interrupción del embarazo una práctica médica deberá realizarse en las condiciones que regula la ley de derechos del paciente y respetando los derechos que de ella derivan; así el trato digno, la privacidad, la confidencialidad, la autonomía de la voluntad, el acceso a la información y la calidad de la atención que encuentran expresa enumeración en el artículo 5 de la ley no podrán estar ausentes durante todo el procedimiento, brindando a la persona gestante la contención y apoyo que toda práctica médica amerita.

(10) Artículo 12 de la ley 27.610.

III.2. Abortos no punibles

III.2.1. La condición sentimental

En tanto el primer párrafo del artículo 86 establece la legalidad del aborto hasta la semana catorce inclusive con el solo consentimiento de la persona gestante, la regla general a partir de la superación de ese plazo es la de la prohibición.

La segunda parte de este artículo presenta las excepciones a la punibilidad, manteniendo el sistema de condiciones o indicaciones vigentes en nuestro Código Penal desde su sanción, hace ya un siglo, aunque mejorando la redacción.

Expresa el artículo 86:

(...) Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1) Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida (...).

La primera condición de no punibilidad es la llamada sentimental o ética, que encuentra su fundamento en el delito que ha dado origen al embarazo: la persona gestante ha sido víctima de una agresión contra la integridad sexual producto de la cual ha quedado embarazada. La ley pone en cabeza de la víctima del delito de abuso sexual con acceso carnal (11) la libertad de decidir interrumpir la gestación producto de un hecho criminal. La imposición violenta del embarazo habilita a la víctima a elegir si quiere continuar con la gestación a pesar de la génesis o bien a finalizarla por tratarse de una concepción de origen delictivo y ajena a su voluntad.

En palabras de la CSJN en el considerando 16° del precedente F.A.L. (12):

(...) de la dignidad de las personas (...) se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. (...) la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia

(11) Artículo 119, 3er párrafo, Código Penal.

(12) CSJN, Fallos: 335:197, "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva".

de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (13).

Con esta fórmula basada en el reconocimiento de la dignidad de la persona, la Corte Federal recoge los postulados kantianos que reivindican la naturaleza humana como “un fin en sí mismo y no solo como un medio para usos cualesquiera” (Kant, 2009, p. 65).

La actual redacción no solo elimina los problemas de interpretación de la fórmula original (14) con relación a las destinatarias de la no punibilidad, sino que convierte en ley las instrucciones vertidas por la CSJN en el fallo F.A.L.

Prescribe la ley que cuando el embarazo fuere producto de una violación se deberán cumplir dos requisitos para garantizar la práctica de la interrupción:

- a) Deberá ser requerida por la persona gestante,
- b) Mediante una declaración jurada ante el personal de salud o profesional interviniente.

De este modo la norma zanja la pretérita discusión respecto de la judicialización decantando por la postura sentada por el Máximo Tribunal (15) al disponer:

La judicialización (...) por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal (...) se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por los distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales (...) 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 (...).

Únicamente la persona embarazada por el delito de abuso sexual con acceso carnal precedente podrá requerir la interrupción, debiendo para ello manifestar

(13) Cfr. Nino, Carlos Santiago (1984). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós. pp. 109 y ss.; La legítima defensa (1982). *Fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Astrea. pp. 59, 63 y ss. (citado en CSJN, Fallos: 335:197, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”).

(14) “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

(15) En el considerando 19 del fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

ante el profesional tratante mediante declaración jurada, que el embarazo tuvo por causa una violación.

Si la víctima de violación fuere una persona menor de trece años no deberá concretar la declaración jurada, siendo suficiente el mero requerimiento pues, en armonía con lo preceptuado por el artículo 119 del mismo Código Penal, todo contacto sexual con persona menor de trece años será considerado abuso sexual. En este caso se seguirán las reglas glosadas más arriba con relación al consentimiento de las personas menores de trece años.

III.2.2 La condición terapéutica

La última parte del artículo 86 prescribe: “Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: 1) Si estuviera en riesgo la vida o la salud **integral** de la persona gestante”.

Comparando la fórmula actual con la disposición anterior, la eliminación del requisito “si este peligro no puede ser evitado por otros medios” amplía el espacio de no punibilidad al no exigir la demostración de la inexistencia de otras vías para preservar la vida o la salud de la persona gestante.

El peligro en la vida refiere a peligro efectivamente corrido, peligro concreto. Esa amenaza puede provenir de la misma gestación —patologías producto del embarazo— o bien patologías independientes de la gestación, pero cuyo tratamiento sea incompatible con el estado de preñez.

La introducción de la palabra “salud” en la fórmula ha generado diferencias en cuanto a su interpretación.

La Carta Constitutiva de la Organización Mundial de la Salud firmada el 22 de julio de 1946 por representantes de 61 Estados define la salud como un “estado de completo bienestar **físico, mental y social**, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (el resaltado nos pertenece).

Esta definición denota la **integralidad** de la noción de salud, que partiendo de una perspectiva netamente fisiologista entendida como ausencia de enfermedad va incorporando aspectos sociales y psicológicos hasta ampliar el concepto a un completo estado de bienestar entendido como aquel en el que la persona encuentra un sentimiento de satisfacción y tranquilidad en armonía de sus condiciones físicas y mentales.

Si bien previo a la vigencia de la norma recientemente sancionada hubiera sido posible cuestionar la noción integral de salud en la interpretación de la

prescripción del artículo 86, pues el texto fue incorporado en 1921, es decir, con anterioridad a la definición de la OMS, la inserción de la palabra en la ley vigente obliga a asignarle ese alcance, aun cuando no sea acompañado de la palabra “integral”, término observado por el decreto 14/2021. En efecto, el mencionado decreto de promulgación de la ley 27.610 expone en sus considerandos “que la ‘salud’ como concepto es autosuficiente” por lo que exista o no la palabra “integral” en el texto, la interpretación no puede excluirla.

En la base de esta indicación terapéutica se halla el conflicto entre dos bienes jurídicos en pugna: por un lado, la vida del feto y por el otro lado, la vida o la salud de la persona gestante. El legislador ha decantado por la defensa del bien jurídico de mayor jerarquía permitiendo que para preservar la vida o la salud de la persona gestante se destruya la vida del feto.

No debe confundirse esta eximente con el estado de necesidad justificante contenido en el inciso 3 del artículo 34 del Código Penal pues hay diferencias sustanciales, así en el estado de necesidad no se requiere consentimiento de quien se ve beneficiado por él, en tanto el aborto terapéutico exige el consentimiento de la persona gestante y la inminencia exigida en el estado de necesidad no está presente en el aborto terapéutico, entre otras.

IV. Abortos punibles

El artículo 85 del Código Penal castiga la acción del tercero que produce la muerte del feto. Prevé dos supuestos diversos: que lo haga sin el consentimiento de la persona gestante o que cuente con el acuerdo de ella. La disposición subordina de manera radical el valor de la vida del ser en gestación a la voluntad de continuar el embarazo de la persona gestante.

Las penas amenazadas muestran la trascendente importancia que cobra el consentimiento para el ordenamiento jurídico. Mientras el tercero que mata al feto sin el acuerdo de la persona gestante afronta una pena que oscila entre tres y diez años de prisión, aquel que proceda con la anuencia de aquella, enfrenta una pena de tres meses a un año —obviamente si lo realiza fuera de los casos expresamente despenalizados por el artículo 86—.

La acción del tercero que actúa sin el consentimiento de la persona gestante puede agravarse si “el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante”. Se trata de una muerte que acaece sin la voluntad del sujeto activo que actúa con dolo en la destrucción del feto, producto del cual acontece la muerte preterintencional de la persona gestante.

La pena del tercero que actúa con el consentimiento de la persona gestante una vez superado el plazo de catorce semanas y sin la presencia de alguna de las dos causas de no punibilidad previstas en el artículo 86 se espeja en la previsión del artículo 88 que amenaza con la misma sanción de tres meses a un año de prisión para la persona gestante que cause su propio aborto o consienta que otro lo cause en iguales circunstancias.

Esta figura engloba dos supuestos diferentes, equiparándolos: la acción de la persona gestante que con dolo directo y por su propia actividad provoca la muerte del feto en su seno o por expulsión prematura y la acción de consentir que una tercera persona sea quien ocasione la muerte de la persona por nacer.

Siguiendo la tradición histórica de este tipo penal, se mantiene la no punición de la tentativa de la persona gestante (16), pero adiciona como novedad la posibilidad de eximición de pena “cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta” otorgándole al magistrado un amplio margen para individualizar la pena en el caso concreto pudiendo llegar a la total dispensa de ella.

Como queda dicho, los tipos penales contenidos en los artículos referidos a la muerte del feto son dolosos, con excepción de la figura prevista en el artículo 87 que contiene el denominado aborto preterintencional. La actual redacción solo difiere de la histórica en el adecuado reemplazo del término “paciente” por “persona gestante” y en el agregado del pronombre “la” para indicar el posible autor.

Como toda figura preterintencional, contiene una mixtura de dolo y culpa. La acción dolosa del sujeto activo tiene por designio la producción de lesiones en el cuerpo de la persona gestante conociendo del estado de preñez; el resultado producido, en cambio, será la muerte culposa de la persona por nacer. La previsibilidad de la producción del resultado muerte del feto por ejercer violencias sobre una persona gestante y la no previsión en el caso concreto, caracterizan el tipo penal, diferenciándolo de la culpa con representación y del dolo eventual.

Finalmente, la ley incorpora un nuevo tipo penal específico para el funcionario público, autoridad de establecimientos de salud, profesional, efector o personal de salud que “dilatarse injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados” (artículo 85 bis) amenazando la conducta con una pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(16) Sin resolver si la no punibilidad aplica a los dos supuestos (persona gestante que causa su propio aborto y persona gestante que consiente en que un tercero lo cause) o solo refiere a los casos de tentativa ejecutados por la persona gestante.

Esta nueva figura viene a penalizar el incumplimiento por parte del personal de salud del plazo perentorio determinado por el artículo 5 de la ley, que fija en diez días corridos desde el requerimiento el tiempo para concretar la interrupción de la gestación legalmente solicitada. Y si bien los artículos 10 y 11 contemplan el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de salud y las obligaciones de los establecimientos de salud que no cuenten con profesionales para realizar la práctica por el ejercicio del derecho de objeción de conciencia, ello no los exime de la responsabilidad emergente de la mora en la derivación o el entorpecimiento o la oposición a la práctica cuando, por mandato legal deban realizarla si, por el peligro en la vida o en la salud de la persona gestante, la atención fuere impostergable.

V. Conclusiones

El poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la ley 27.610 (17) y su falta de reglamentación impiden un análisis acabado respecto de la implementación en cada una de las provincias argentinas.

Sin embargo, las noticias dan cuenta de un irregular tratamiento en las diferentes jurisdicciones, augurando un proceso que no será sencillo ni uniforme y con intentos de obstrucción judicial. Mientras la provincia de Buenos Aires presentó al día siguiente de la entrada en vigencia de la ley la “Guía de Implementación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo” en otras provincias la aplicación de medidas cautelares significó un verdadero paréntesis judicial (18).

No obstante, estos vaivenes no impactan en la aplicación de la ley penal.

La modificación del Código Penal, primer paso contra la criminalización, implica el reconocimiento de la legalidad de la práctica en las condiciones allí descritas. Ninguna persona gestante, cualquiera sea su lugar de residencia, que acabe con la vida del ser en gestación hasta la semana catorce del embarazo o lo haga con posterioridad a ese plazo para preservar su vida o su salud o porque la gestación es producto del delito de violación, podrá ser penada.

Las previsiones del Código Penal en su protección progresiva de la vida reflejan y normatizan los principios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos

(17) Promulgada por el presidente el 15 de enero de 2021 mediante el decreto 14/2021, la ley 27.610 entró en vigencia a las 0 horas del 24 de enero de 2021.

(18) Entre ellas Chaco donde una Jueza a cargo de un juzgado en lo civil y comercial habilitó el pedido de una medida cautelar para suspender la aplicación de la ley a solo tres días de la implementación de la norma.

Humanos con relación a que “la protección del derecho a la vida (...) no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo” (19).

VI. Bibliografía

Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la causa “*L.M.R. vs. Argentina*” (CCPR/C/101/D/1608/2007 del 29/03/11).

Kant, I. (2009). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, traducción de Manuel García Morente. Madrid: Editorial Encuentro.

Secretaría de Salud Comunitaria (2015). Resolución 65/2015.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Artavia Murillo y otros (‘Fecundación In Vitro’) vs. Costa Rica*”, sentencia del 28/11/12.

CSJN, Fallos: 335:197, “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*”.

Fecha de recepción: 31-03-2021

Fecha de aceptación: 12-07-2021

(19) Considerando 264 del Fallo “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*”.

