

## El aborto no punible en el derecho argentino

Paola Bergallo<sup>1</sup> y Agustina Ramón Michel<sup>2</sup>



Desde 1922 la legislación argentina penaliza el aborto con ciertas excepciones definidas en el artículo 86 del Código Penal. Sin embargo, aún hoy el acceso de las mujeres a servicios de aborto en los casos del citado artículo se encuentra seriamente restringido. Esta hoja informativa ofrece una descripción de la regulación del aborto no punible en la Argentina, las barreras que dificultan su accesibilidad, y los debates jurídicos en torno a su interpretación.

- |    |   |
|----|---|
| 1. | El aborto no punible en el Código Penal                       |
| 2. | Problemas de implementación en el acceso al aborto no punible |
| 3. | Algunas iniciativas recientes                                 |

## Introducción

La legislación argentina penaliza el aborto con ciertas excepciones establecidas en el artículo 86 del Código Penal de la Nación. Esta norma, sancionada en 1921, fue una de las más permisivas de su época. Sin embargo, aún hoy el acceso de las mujeres a los permisos para abortar concedidos por el Código, se encuentra seriamente restringido. La ausencia de políticas públicas para facilitar el goce de las permisiones, los debates jurídicos irresueltos sobre su alcance, los trámites excesivos en los centros sanitarios y la intervención injustificada del sistema de justicia, son sólo algunos de los obstáculos que deben enfrentar las mujeres al requerir un aborto permitido por la ley.<sup>3</sup>

Esta hoja informativa ofrece una descripción del estado de la regulación del aborto no punible en la Argentina, sus características, y las discusiones jurídicas que enmarcan su interpretación en un contexto de seria incertidumbre y desinformación. Para comenzar, se expone el tratamiento jurídico del aborto no punible en el Código Penal, se describen las reformas sufridas por el texto del artículo 86 desde la década de 1960, y se caracteriza brevemente el alcance de los casos de permisión y el debate jurídico en torno a ellos. Se examinan, también, algunas pautas de implementación del acceso al aborto legal y se concluye con una revisión sintética de las iniciativas más recientes de regulación de los abortos permitidos, surgidas en distintas jurisdicciones del país en respuesta a las dificultades que afrontan las mujeres, según se ha evidenciado en varios casos de repercusión pública en los últimos años.



## El aborto no punible en el Código Penal

### 1.1. El texto del Código Penal y su evolución histórica

El artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN), que entró en vigencia en enero de 1922, determina los casos en los que el aborto se encuentra despenalizado, es decir, permitido. Según la segunda parte de este artículo:

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

1. 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;
2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Estas circunstancias de despenalización fueron propuestas por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto de Código Penal, y una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86.<sup>4</sup> Desde su sanción, el artículo provocó diversas discusiones que continúan hasta nuestros días.<sup>5</sup> En 1968, con el fin de terminar con los desacuerdos sobre el alcance de los permisos contenidos en el artículo 86, el decreto ley 17.567<sup>6</sup> –siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler– introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1 y, luego de eliminar en el inciso 2 la frase *“o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”*, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que *“cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente”* sería necesario *“el consentimiento de su representante legal”*. Los cambios introducidos en esta última parte zanjaron las dudas sembradas sobre el alcance de la despenalización del inciso 2<sup>7</sup> y confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación y una especificación sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer *“idiota o demente”* o de la mujer menor de edad.

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509,<sup>8</sup> sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar. Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno dictatorial, mediante el decreto ley 21.338,<sup>9</sup> derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Es decir que durante la dictadura que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983 la redacción del CPN dejaba en claro que la permisión del inciso 2 autorizaba el aborto en todos los casos de violación. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077,<sup>10</sup> una *“ley ómnibus”* que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al CPN por la dictadura. De esta manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días.

## 1.2. Los casos de permisión del aborto en el Código Penal

Siguiendo las pautas de las legislaciones más liberales de su tiempo,<sup>11</sup> el CPN penaliza el aborto durante todo el embarazo y establece, en el citado artículo 86, los casos en los que no será punible. Pero, ¿cuál es el alcance de la despenalización?<sup>12</sup> El CPN regula dos categorías de indicaciones o circunstancias de permisión.

En primer lugar, el CPN permite el aborto en un par de casos, establecidos en el inciso 1, en los que ante el peligro para la vida o el peligro para la salud de la mujer embarazada, se privilegia el interés en la vida o la salud de la mujer y se desincrimina el aborto cuando el peligro no puede ser evitado por otros medios.

En segundo término, el inciso 2 despenaliza el aborto en caso de violación, y especifica que cuando se tratase de la violación de una mujer “idiota o demente”, su representante legal será quien deberá consentir la práctica.

Ésta es la descripción del alcance de las permisiones previstas en el CPN más adecuada a la luz de los derechos garantizados en el sistema constitucional argentino. Sin embargo, como se sabe, esta interpretación ha sido desafiada en diversas ocasiones a lo largo de la historia de vigencia del régimen de despenalización establecido en 1921. Los desafíos al status legal de la despenalización han adoptado diversas formas. Mientras algunos han cuestionado directamente la constitucionalidad de todas o algunas de las circunstancias de no punibilidad, otros han intentado restringir el alcance de todos o ciertos permisos previstos en ambos incisos.

En los pocos casos que han tomado estado público o que han sido publicados en las revistas jurídicas de mayor circulación, los tribunales han tenido la oportunidad de expresarse frente a varios cuestionamientos sobre el alcance del artículo 86. A continuación se sintetizan algunas de las pautas sentadas expresamente por las decisiones judiciales sobre el tema y las razones que justifican la mejor interpretación del alcance de la regulación del aborto legal en nuestra legislación.

### *a) Los permisos en los casos de peligro para la vida y de peligro para la salud de la mujer*

En los últimos años, grupos conservadores han cuestionado ante el Poder Judicial la constitucionalidad del inciso 1 del artículo 86. Estos reclamos han sido sistemáticamente rechazados por los tribunales, que concluyeron que se trata de un permiso compatible con la Constitución.<sup>13</sup> En otras ocasiones, se ha querido inferir que el peligro para la vida o la salud de la mujer debe ser grave. Sin embargo, como sabemos, esta exigencia de gravedad tampoco constituye una de las previsiones del texto legal vigente. Los tribunales han sido contundentes en afirmar que la definición del peligro para la salud de la mujer no puede ser adjetivada de modo de agregar el calificativo “grave” o cualquier otra calidad, dado que implicaría llevar a cabo una lectura de la norma penal incompatible con el principio de legalidad.<sup>14</sup>

Asimismo, los jueces han considerado que una interpretación adecuada del texto de este inciso es incompatible con el intento

de acumular la exigencia de un peligro para la salud de la mujer con la otra causal, es decir, peligro para la vida de la mujer.<sup>15</sup> La demanda de este doble peligro ha sido promovida por interpretaciones extensivas y, por tanto, inconstitucionales, de una norma penal,<sup>16</sup> que la redacción del CPN no tolera. Esto es así, pues no surge de la estructura sintáctica del artículo la posibilidad de inferir la calificación del peligro para la salud de la mujer como aquel que debe acumularse con el peligro para su vida.

Finalmente, si bien los tribunales no han tenido ocasión de examinar el alcance de la permisión del aborto en caso de peligro para la salud psíquica, todo indica que las pautas de interpretación del concepto salud deben seguir las reglas sentadas por nuestros tribunales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Estas instituciones han sostenido reiteradamente que el derecho a la salud –consagrado en la Constitución a través de los tratados de derechos humanos que la integran– debe ser entendido de forma integral, es decir, como un “completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones”,<sup>17</sup> de acuerdo con el concepto de la Organización Mundial de la Salud (OMS), lo reiterado en sus observaciones por el Relator del Derecho a la Salud<sup>18</sup> y por otros foros internacionales.<sup>19</sup>

### *b) El permiso en caso de la mujer violada*

En una serie de casos recientes, en los que se reclamaba la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 86 frente a solicitudes de abortos realizadas por representantes de mujeres violadas que sufrían alguna discapacidad mental, tribunales superiores de ciertas provincias han reconfirmado la constitucionalidad de la permisión del aborto en el caso de violación de la mujer “idiota o demente”.<sup>20</sup>

Por otra parte, subsiste en la interpretación de este inciso la disputa sobre el alcance de la despenalización en el caso del aborto solicitado por la mujer violada que no es “idiota o demente” en la terminología del CPN. Los desacuerdos sobre la extensión del permiso del segundo inciso del artículo 86 pueden rastrearse en una disputa histórica<sup>21</sup> entre profesores de derecho penal.<sup>22</sup> Este debate ha sembrado dudas sobre la existencia de una permisión exclusivamente referida a la violación de la mujer “idiota o demente” que excluiría, de esa violación, la permisión del aborto para la mujer violada que no lo es. La ausencia de decisiones judiciales de instancias superiores que resolvieran aquella vieja discusión –reinstalada en 1984, tras haberse derogado la aclaración efectuada por el decreto ley 21.338– genera, para muchos, una situación de incertidumbre de difícil solución. Sin embargo, una revisión informada de los argumentos de quienes sostienen la interpretación “restrictiva” de la despenalización –sólo para la mujer violada “idiota o demente”– no encuentra justificación en los derechos garantizados por nuestra Constitución.

Quienes promueven la errónea interpretación restrictiva del inciso 2 del artículo 86 sustentan esa conclusión en una lectura del texto que, alegan, indica un uso del castellano que coloca las palabras “violación” y “atentado al pudor” como refiriendo un único caso. Refuerzan su postura con reseñas de las distinciones existentes en el proyecto suizo, los debates de los legisladores al momento de redactar la norma y la ausencia de una coma en la versión argentina, que si existía en el proyecto que se tomó como modelo. La redacción del inciso, sugieren, revela que la

permisión genérica es sólo para los casos de violación de mujer “idiota o demente”. Sin embargo, esta conclusión no encuentra fundamento alguno en los principios del derecho penal o la Constitución.

Si concediéramos que la redacción del inciso 2 es ambigua sintácticamente y que por esta razón es dudoso identificar, a partir del texto, si hay uno o dos permisos, deberíamos, entonces, recurrir a la primera regla de interpretación penal frente a la ambigüedad de las permisiones, el principio de legalidad.<sup>23</sup> Este principio le impone al intérprete de la ley penal abstenerse de condenar si existe duda acerca de la intención penalizadora de la ley y de resolver a favor de la permisión cuando se encuentra frente a una norma que la contempla. En este caso, como se trata de permisiones –contenidas en el artículo 86 CPN–, debe estarse a favor de la interpretación más generosa, es decir, aquella que reconoce un permiso más amplio y no uno limitado. Lo contrario supondría una lesión a las garantías y los derechos reconocidos por nuestra ley suprema.

Por otra parte, esa interpretación debe ser informada por los principios constitucionales que justifican la permisión. Esos principios indican que una lectura restrictiva de la despenalización del aborto en caso de violación sería equivalente a depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo,<sup>24</sup> disposición que a todas luces resulta incompatible con un sistema jurídico liberal como el argentino, que no impone jamás deberes heroicos. Además, esta postura es la que mejor se compatibiliza con el valor constitucional de la igualdad entre varones y mujeres, expresamente previsto en la reforma constitucional de 1994 y en los tratados de derechos humanos incorporados en esa reforma. Finalmente, ésta es la única interpretación que no se funda en razones eugenésicas, que son el único tipo de razones por las que se podría justificar un permiso restringido sólo a las mujeres “idiotas o dementes”. Por último, a diferencia del caso mencionado en el primer inciso del artículo 86, la jurisprudencia en torno a este supuesto es menos extensa. En dos decisiones de primera instancia, dictadas entre 2007 y 2008, los jueces han autorizado el aborto a mujeres menores de edad que no tenían una discapacidad mental,<sup>25</sup> mientras que, en otros casos, magistrados también de instancias inferiores han rechazado la autorización<sup>26</sup> o generado procesos en los que la dilación innecesaria en un contexto de irresolución ha dado lugar al cambio de opinión de la solicitante.<sup>27</sup> Por otro lado, según lo comentado, la ausencia de pronunciamientos expresos, por parte de tribunales superiores, sobre la permisión en caso de violación de una mujer no “idiota o demente”, contribuye a sostener la incertidumbre.



## Problemas de implementación en el acceso al aborto no punible

Pese a que nuestro CPN, desde hace casi noventa años, prevé supuestos de despenalización del aborto, aún hoy las mujeres encuentran obstáculos para acceder a esta práctica. Esto surge claramente de los casos que tomaron estado público en el último tiempo, en los que mujeres que se encontraban en algunas de las circunstancias del artículo 86 tuvieron que enfrentar diversas barreras para obtener la interrupción del embarazo.

Las barreras de acceso al aborto no punible adquieren diversas modalidades y actúan desde diferentes niveles. Entre las barreras jurídicas, cabe mencionar la exigencia de una autorización judicial; la intervención de comités de ética, equipos interdisciplinarios o autoridades hospitalarias; el requerimiento de comprobaciones médicas innecesarias; la solicitud de denuncia y/o la prueba de la violación, entre otras.

Como sabemos, en los casos que han llegado a los medios de comunicación desde 2005, actores del sistema sanitario y/u operadores jurídicos han generado la judicialización del pedido de un aborto legal, en diversas situaciones encuadrables en el artículo 86, llegando incluso a denegarse la autorización en alguna de las instancias.<sup>28</sup> El escenario de incertidumbre creado por estos casos de judicialización y por ambiguas prácticas sanitarias, como las que provocaron el rechazo de la solicitud del aborto en las graves circunstancias en las que se encontraba Ana María Acevedo,<sup>29</sup> ha promovido, en algunas jurisdicciones, la presentación de proyectos legislativos de reglamentación del acceso a los abortos no punibles según se comenta más adelante. Con idéntica preocupación, en algunas provincias las autoridades sanitarias han aprobado protocolos de atención del aborto permitido.<sup>30</sup> En el ámbito nacional, el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud ha publicado en octubre de 2007 la *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles* (en adelante, la “Guía”),<sup>31</sup> aunque su implementación aún está pendiente.<sup>32</sup>

Tanto los proyectos legislativos que han logrado discusión parlamentaria en forma reciente<sup>33</sup> como los protocolos de atención del aborto no punible vigentes<sup>34</sup> ofrecen distintas alternativas regulatorias para garantizar el acceso a los casos de interrupción del embarazo del artículo 86 del CPN.

Entre las cuestiones de implementación más importantes consideradas por iniciativas regulatorias como la Guía, los proyectos y protocolos, cabe citar:

**a. Improcedencia de la judicialización:** La jurisprudencia de los más altos tribunales de justicia del país, los proyectos legislativos y los protocolos vigentes, establecen que la comprobación de los casos de aborto permitidos en el CPN no debe ser judicializada. Es decir, todas estas decisiones y proyectos de ley coinciden en la improcedencia de la intervención judicial. En efecto, al prever que la determinación de una causal de no punibilidad del aborto estará a cargo de una/un médico/a y no de las/os jueces, la Guía y los proyectos legislativos discutidos en el último tiempo ratifican la resolución de diversos tribunales en todos los casos en los que han tenido que pronunciarse: no corresponde que los jueces autoricen los abortos legales, por varias razones.<sup>35</sup> Primero, porque según surge del texto del artículo 86 el legislador resolvió que si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, la mujer junto con el profesional de la salud es quien debe decidir. Segundo, porque se trata de una cuestión para la que los jueces carecen de capacidad técnica y que escapa a las facultades de la tarea judicial.

Es tarea de las/os profesionales de la salud constatar las situaciones que dan lugar a la permisión del aborto. Todos los protocolos sanitarios existentes en el país hasta el momento, los proyectos legislativos que han recibido algún debate el último año y las recientes sentencias sobre la materia han sido contundentes en este sentido. Lo contrario sería exigir al Poder Judicial



interponer una barrera adicional, ya que cualquier juez llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad deberá dar intervención a las/os profesionales de la salud, que son quienes efectivamente pueden y deben determinar la existencia de un peligro para la salud o la vida y, adicionalmente, supondría supeditar el ejercicio del derecho de la mujer, reconocido por el artículo 86, a un trámite innecesario y desprovisto de sentido.

**b. Constatación por un solo médico:** Tanto la Guía como varios de los proyectos legislativos<sup>36</sup> mencionados establecen que la constatación de las causales de no punibilidad estará a cargo de un solo médico. El mismo CPN se refiere al aborto no punible como aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86). Por otra parte, la exigencia de más de un médico representaría una barrera de acceso incompatible con los derechos en juego en esta permisión, tal como lo han expresado las Cortes Supremas de países como los Estados Unidos, Colombia o Canadá al considerar los mecanismos para hacer accesibles los abortos legales.

Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el derecho a la salud de la mujer es preservado por la/ el médico tratante, y que la exigencia de dictámenes de otras/os profesionales es un requisito carente de sentido, sin ninguna conexión racional con las necesidades de la mujer.<sup>37</sup> El requerimiento de varios médicos/os viola el derecho a la igualdad y a la equidad, a la vez que supone, por parte del Estado, un ejercicio abusivo en su facultad de regulación. Las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes restringen indebidamente los derechos de las mujeres. Estos requisitos se traducen en procesos burocráticos que dilatan el acceso a la interrupción legal del embarazo y que incluso pueden derivar en una prohibición implícita del aborto.

En igual sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado “[...] tampoco se pueden establecer por el legislador o el ejecutivo requisitos o barreras adicionales. Son a título de ejemplo barreras legales o administrativas que imposibilitan un aborto legal y seguro, como indica la Organización Mundial de la Salud (OMS): a) Requisito de autorización de varios médicos (o a veces de comisiones). Evitar firmas múltiples o la aprobación por parte de un comité; Permite a la mujer decidir. b) [...] Eliminar los períodos de espera que no son médicamente necesarios. Los períodos de espera retrasan innecesariamente la atención y disminuyen la seguridad. Tal como se halla configurado actualmente el funcionamiento de los equipos multidisciplinarios, constituyen un trámite desproporcionado a los derechos que se quiere proteger (salud, vida, no discriminación, dignidad y autonomía de la mujer) y una carga indebida en la medida en que afecta sustancial e injustificadamente los derechos de la mujer”.<sup>38</sup>

El Estado, como garante de la administración de la salud pública, tiene la obligación de asegurar el acceso a los servicios de salud de todas/os las/os habitantes sin más restricciones que las que impone la ley de manera razonable. Cuando concurren las circunstancias que habilitan a solicitar un aborto no punible, el Estado tiene el deber de poner a disposición de las mujeres las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera accesible y segura.<sup>39</sup> Además, debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas la demora puede ocasionar riesgos para la vida o salud de la mujer. Este último factor, y de acuerdo con el principio de efectividad de los derechos —la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo—,

constituye un elemento indispensable al momento de valorar la implementación de los procedimientos para acceder a los abortos no punibles.

**c. Constatación de la violación:** Para acceder al aborto permitido en el inciso 2 del artículo 86 del CPN la norma penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación, tampoco su determinación judicial. A juzgar por la ausencia de reglas específicas, para obtener la interrupción del embarazo en caso de violación sólo es necesario que la mujer o su representante declaren frente al profesional tratante que ha sido violada. La imposición de otro trámite no es procedente, pues significaría incorporar un requerimiento adicional a los estrictamente previstos en el CPN, que al regular el delito de violación deja a la mujer la decisión de efectuar la denuncia. Es decir, de acuerdo con el esquema vigente del CPN, la violación pertenece a la clase de delitos dependientes de instancia privada en los cuales la víctima es quien decide activar el aparato judicial a través de la denuncia. Por lo tanto, no sería legítimo obligar a la mujer que sufrió una violación a presentar una denuncia, como condición previa para acceder a una práctica médica, permitida, en este caso, por la ley penal.

Por otro lado, la no exigibilidad de la denuncia tiene por fin preservar el rol clave del servicio de salud, encargado de garantizar la atención de la mujer y no hacer depender o superponer su accionar con el de la policía o el del Poder Judicial. Además, los hospitales y sus profesionales no tienen como atribución juzgar los delitos sexuales, sino garantizar a la mujer que acude al servicio, el ejercicio del derecho de no continuar con un embarazo resultante de una violación.

En conclusión, la exigencia de la denuncia policial o judicial, además de representar una modificación de las pautas de trato del delito de violación en el CPN, muchas veces responde a la innecesaria demanda de garantía, por parte del profesional médico, que los proyectos de regulación en el área legislativa han comenzado a prohibir.<sup>40</sup>

## 3

### Algunas iniciativas recientes

El grado de desinformación y confusión sobre la regulación legal de los abortos despenalizados en la legislación argentina es de proporciones difícilmente imaginables. A su vez, los casos judiciales que han tomado estado público en los últimos años no han hecho más que aumentar la incertidumbre. Esta situación ha llevado a las/os profesionales de la salud, operadores del derecho y otras/os actores de la sociedad civil a confundir la discusión sobre la eliminación de la penalización del aborto en general, con las cuestiones más elementales de implementación de los casos de aborto ya despenalizados desde la década de 1920.

En ese contexto, resulta difícil comprender la ausencia de una política sanitaria integral para el acceso al aborto no punible y justificar la falta de responsabilidad de quienes tienen capacidad política y técnica para revertir el incumplimiento de las normas del CPN.

Sin embargo, cabe celebrar que en estos últimos dos años algunas autoridades sanitarias y legisladores en el ámbito local y nacional hayan propuesto reglamentar los aspectos controvertidos de la implementación del aborto permitido en el artículo 86. Con ese fin, los gobiernos de las provincias de Buenos Aires y del Neuquén, de las ciudades de Buenos Aires y Rosario, y ex autoridades del gobierno nacional han dictado normativas sanitarias para la atención de los abortos legales en los servicios de salud. Además de las cuestiones mencionadas en el punto anterior, estas normas regulan de diversas formas aspectos de la objeción de conciencia, los plazos, los requisitos de consentimiento informado de la mujer o las condiciones de representación de mujeres menores de edad y mujeres con capacidades especiales.<sup>41</sup>

En el ámbito legislativo, en algunas provincias como La Pampa,<sup>42</sup> Santa Fe y la Ciudad de Buenos Aires también se avanzó durante el año 2008 en proyectos de ley para establecer los criterios de accesibilidad al aborto permitido en el CPN.

En el transcurso del año 2008, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires ha celebrado varias audiencias públicas de discusión de cuatro proyectos legislativos que reglamentan varias cuestiones que hoy generan barreras en el acceso al aborto legal.<sup>43</sup> Por su parte, el Congreso de la Nación, a fines de 2008, ha considerado en las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia, en conjunto, un nuevo proyecto de regulación de los abortos previstos en el artículo 86.<sup>44</sup> Es de lamentar que a la fecha de elaboración de esta hoja informativa resulte incierto el avance de tales propuestas.

Por último, actualmente el gobierno nacional se encuentra negociando con organizaciones de la sociedad civil<sup>45</sup> la solución al caso LMR, planteado al Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. En esta oportunidad, el Estado argentino, ha reconocido —a través de un dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación— que el caso debía ser admitido y que el país había vulnerado los derechos de LMR, debido a los obstáculos interpuestos en junio de 2006 para el acceso de una niña discapacitada mental violada, al aborto permitido en el artículo 86, inciso 2. No obstante estas reuniones, todavía está pendiente el dictamen final del Comité.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado argentino en el caso LMR, las iniciativas regulatorias citadas y la solución positiva de la mayoría de los casos judicializados parecen indicar algunos intentos de terminar con una grave situación de violación de los derechos de las mujeres argentinas en el acceso a una permisión vigente desde hace aproximadamente noventa años. Sin embargo, no puede soslayarse que esas iniciativas son aún insuficientes para saldar la larga deuda que tienen con las mujeres los sistemas sanitario y legal de nuestro país en la implementación de una norma cuya ineficacia violenta seriamente derechos protegidos por nuestra Constitución.

## Referencias

1. Investigadora Visitante del CEDES.
2. Becaría del CEDES.
3. En este trabajo nos referimos indistintamente a los casos de aborto previstos en el artículo 86 del Código Penal de la Nación, como casos de aborto no punible, de aborto legal, casos despenalizados, o de aborto permitidos por la ley.
4. Para la redacción de esta disposición los legisladores se inspiraron en una traducción francesa del original alemán de un proyecto del código penal suizo. Soler, S.: *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1976, t. III, pág. 105.
5. Además de los debates recientes en la jurisprudencia, puede recordarse la clásica discusión en torno a la coma incluida en el proyecto suizo antes de la disyunción “o” (violación o atentado al pudor) y que no aparece en nuestra versión de la norma, o los intercambios provocados por la referencia al “atentado al pudor”, inédita en nuestra legislación. Sobre los antecedentes de la discusión doctrinaria de la interpretación gramatical e histórica del artículo 86, véanse: Jiménez de Asúa, L.: “El aborto y su impunidad”, en *LL*, t. 26, Sec. Doctrina, 1942, pág. 977; Ghione, E. V.: “El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino”, en *LL*, t. 104, 1961, Sec. Doctrina, págs. 777 y ss., y “Nuevo comentario a un antiguo debate sobre el artículo 86 del Código Penal”, en *LL*, t. 115, 1964, Sec. Doctrina, págs. 1004-1015.
6. Ley 17.657. Boletín Oficial 12/1/1968-ADLA, 1967-C, 2867.
7. En la exposición de motivos del decreto ley se observa: “Dejemos perfectamente aclarado que el aborto es impune cuando el embarazo proviene de una violación y se practica en las condiciones indicadas por la ley”. ADLA, XXVII-C. Ley 17.567, 2881.
8. Ley 20.509. Boletín Oficial 28/5/1973-ADLA, 1973-C, 2952.
9. Ley 21.338. Boletín Oficial 1/7/1976-ADLA, 1976-B, 1113.
10. Ley 23.077. Boletín Oficial 27/8/1984-ADLA, XLIV-C, 2535.
11. El modelo argentino, por su parte, fue receptado por otros proyectos de legislaciones de la época en México, Bolivia, Ecuador, Cuba, y Brasil. Jiménez de Asúa, L., *op. cit.*
12. Véase Ferrante, M.: “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”. Documento inédito, elaborado para participar como experto invitado en los debates públicos sobre la regulación del aborto no punible de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en noviembre de 2008.
13. SCBA, “C. P. d. P., A.K. s/autorización”, 27/6/2005, *LLBA*, julio de 2005, 629; SCBA “R., L. M.”, 31/7/2006, *LLBA*, agosto de 2006, 895; Sala II CCCom. de Mar del Plata, “O., M. V. s/victima de abuso sexual”, 21/2/2007, *LL On Line*.
14. Faerman, R.: “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
15. Tal como lo señala Faerman, hay quienes proponen, erróneamente, acumular el peligro para la salud con el peligro para la vida de la mujer. “Esta interpretación es insostenible a la luz del artículo mencionado, el que utiliza el conector ‘o’ y no el ‘y’”. Faerman, R.: “Regulación del aborto propuesta en el Anteproyecto de reforma integral al Código Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, B 2006, págs. 587-609.
16. El principio de legalidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, es una pieza fundamental de nuestro derecho penal que limita la potestad punitiva del Estado. De este principio se deriva el principio de máxima taxatividad legal, que postula la prohibición de efectuar, en el ámbito del derecho penal, interpretaciones con criterios de analogía. De esta manera, la inclusión de exigencias no contempladas expresamente en la redacción del tipo penal implica un uso de la analogía, al considerar antijurídico lo que la ley justifica y, por lo tanto, una violación a los principios de legalidad y taxatividad legal.
17. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1948.
18. Relator Especial de la ONU sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. A/HRC/7/11. 31 de enero de 2008; E/CN.4/2003/58. 13 de febrero de 2003; O3-56469 (E) 281003. 10 de octubre de 2003; E/CN.4/2004/49. 16 de febrero de 2004; E/CN.4/2006/48. 3 de marzo de 2006.
19. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, “El disfrute del más alto nivel posible de salud”, 11 de agosto de 2000, E/C. 12/2000/4, CESRC; Fallos 324:3571, CSJN, “Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional –M.S. y A.S.”, 16/10/2001;

Fallos 324:754, CSJN, "Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional –M.S. y A.S." 13/3/2001; Fallos 323:3235, CSJN, "Campodónico de Beviacqua Ana c. Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas", 24/10/2000; Fallos 323:1323, CSJN, "Asociación Benghalensis c. Estado Nacional –M.S. y A.S. s/amparo 16.986" 01/6/2000. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en el artículo 12 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 4 incisos 1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en los artículos 5 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por aplicación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución.

20. SCBA "R., L. M.", 31/7/2006, *LLBA*, agosto de 2006, 895; Sala 1ª SCJ de Mendoza, "C., S. M. y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum", 22/8/2006, *LL*, 2006-E, 171; S.T. Entre Ríos, "Defensora de P.Y.M N° (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona", 20/9/2007, *LLLitoral*, noviembre de 2007, 1069; Trib. de Familia de Bahía Blanca, "S.G.N s/situación", 1/10/2008, Causa 30.790.

21. Véase Ghione (1961), *op. cit.*

22. De acuerdo con las citas del voto de la Dra. Kogan en el caso "R., L. M." entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran Jiménez de Asúa, L.: "El aborto y su impunidad", *LL*, t. 26, 1942, pág. 977, y *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid, Historia Nueva, 1929, 3ra. ed., pág. 93; Molinario, A.: *Tratado de los delitos*, Buenos Aires, Tea, 1996; Soler, S.: *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tea, 2000; Fontán Balestra, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, págs. 82 y ss.; González Roura, O.: *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1922, pág. 38; Ghione, E.: "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", en *LL*, t. 104, 1921, págs. 777 y ss. Más actualmente, Bujan, J. y De Langhe, M.: *Tratado de los delitos*, t. I, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, págs. 462 y ss.; Taberner, R.: "El aborto por causas sentimentales", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-IV, págs. 941 y ss., y Cuello Calón, E.: *Tres temas penales*, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 85. Entre los seguidores de la postura restrictiva, se encuentran Peco, J.: "El aborto en el Código Penal Argentino", en *Revista Penal Argentina*, t. VI, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, págs. 185 y ss.; Núñez, R.: *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, pág. 390; Finzi, M.: "El llamado aborto eugenésico", en *Jurisprudencia Argentina*, 1946-IV, pág. 22; Daien, S.: "Carácter eugenésico del artículo 86 inc. 2º del C.P.", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*, t. XV, vol. II, 1944, págs. 373 y ss.

23. Ferrante (2008), *op. cit.*

24. Así lo expuso en su voto la jueza Kogan "El legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados". SCBA "R., L. M.", 31/7/2006, *LLBA*, agosto de 2006, 895, cons. 26.

25. Juzg. de Inst. N° 12 General Roca-Río Negro, "Asesora de Menores Penal s/pedido", 31/3/2008, causa 40.871-J12-IA; Trib. Men. N° 1 de Mar del Plata, "O., M. V. s/víctima de abuso sexual - Mar del Plata", 14/2/2007, *LLBA*, abril de 2007, 333.

26. Juzg. Civ. y Com. 7º nominación de Rosario, "P., M. B.", 4/11/1987, *LL*, 1988-E, 375; Juzg. Nac. de 1ª instancia en lo Crim. y Corr. N° 18, "N.N.", 2/6/1989, *JA*, 1989-III, 369; Juzg. Corr. de Bahía Blanca N° 1, "Y., R. H", 24/11/2003, *Lexis Nexis On line*, AR\_JA004.

27. Juzg. N° 1 de Familia Mendoza, "B., L. A.", 16/9/2008, *Lexis Nexis*, N° 7004790.

28. En la causa "R., L. M.", tanto el tribunal de primera como de segunda instancia rechazaron el pedido de autorización para efectuar el aborto no punible. En forma similar, una jueza de Entre Ríos –en la causa "Defensora de P.Y.M N°– decretó una medida cautelar para suspender la interrupción del embarazo de una adolescente con discapacidad mental, decisión que luego fue revocada por el tribunal que revisó la causa. En Mendoza, a mediados de 2008, un juez de familia rechazó el pedido para terminar con el embarazo cursado por una niña violada por su padrastro. Juzg. N° 1 de Familia Mendoza, "B., L. A.", 16/9/2008, *Lexis Nexis*, N° 7004790. Ese mismo año, en Bahía Blanca, un magistrado hizo lugar al pedido de una familia para que se impidiera la interrupción del embarazo de una adolescente discapacitada mental. El tribunal de alzada dejó sin efecto la sentencia, y resolvió a favor del pedido del aborto no punible. Trib. de Familia de Bahía Blanca, "S.G.N s/situación", 1/10/2008, Causa 30.790.

29. Ana María Acevedo tenía veinte años de edad, era de un pueblo de Santa Fe, madre de tres hijas/os, y falleció en mayo de 2007. Tenía cáncer maxilar y

un embarazo de tres o cuatro semanas cuando ella y su familia solicitaron un aborto terapéutico, que fue denegado por las/os profesionales del Hospital Iturraspe. Cuando el parto finalmente se llevó a cabo, Ana María entró en coma farmacológico y días después murió. El bebé tampoco sobrevivió. Como resultado de la denuncia promovida por la familia Acevedo junto con las abogadas de la organización "Multisectorial de Mujeres de Santa Fe", se abrió un proceso penal que derivó en el procesamiento del ex director del Hospital Iturraspe, los jefes de servicio de ginecología y de oncología, por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

30. Provincia de Buenos Aires, Resolución 304/2007; Ciudad de Buenos Aires, Resolución 1.174; Ciudad de Rosario, Ordenanza 8186; provincia del Neuquén, Resolución 1.380.

31. ISBN 978-950-38-0089-8.

32. A enero de 2009 el Programa del Ministerio ha cambiado, desde la actual gestión, dos veces su dirección sin haberse impulsado, en ninguna oportunidad, acciones destinadas a la implementación de la Guía.

33. Proyectos de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires y la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. Véase nota 28.

34. Véase nota 29.

35. SCBA, "C. P. d. P., A.K. s/autorización", 27/6/2005, *LLBA*, julio de 2005, 629; SCBA "R., L. M.", 31/7/2006, *LLBA*, agosto de 2006, 895; Sala 1ª SCJ de Mendoza, "C., S. M. y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum", 22/8/2006, *LL*, 2006-E, 171; Sala II CCCom. de Mar del Plata, "O., M. V. s/víctima de abuso sexual", 21/2/2007, *LL On Line*; S.T. Entre Ríos, "Defensora de P.Y.M N° (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona", 20/9/2007, *LLLitoral*, noviembre de 2007, 1069.

36. Proyectos de Alegre (1305-d-2008) y Maffia (1306-d-2008) en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, y el proyecto de las Diputadas Nacionales, Di Tullio y Cesar y el Diputado Silvestre Begnis (5223-D-2008).

37. Corte Suprema de Estados Unidos. Doe v. Bolton, 410 U.S. 179, 188, 1973.

38. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, pág. 340. El énfasis nos pertenece.

39. "No es lo mismo aborto legal que aborto seguro, ya que es posible que el aborto no esté penalizado y sin embargo sea inseguro, por ejemplo, cuando se establecen barreras legales o administrativas que imposibilitan el aborto éste puede ser legal, pero inseguro." Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06, pág. 339.

40. En el Congreso de la Nación: Proyecto 5223-D-2008 de Silvestre Begnis, Di Tullio y Cesar. En la Legislatura de Buenos Aires: Alegre (1305-d-2008) y Maffia (1306-d-2008). En la Legislatura de Santa Fe: el proyecto de Aranda.

41. Dada la estructura federal de nuestro país, es necesario revisar la normativa aplicable a la propia jurisdicción para conocer las reglas específicas previstas por la regulación sanitaria, cuando ésta exista.

42. Hacia fines de noviembre de 2007, la Legislatura de la Pampa aprobó la ley 2.394 que regulaba el procedimiento para efectuar los abortos no punibles. Si bien receptaba las pautas restrictivas de regulación, se trataba de la primera provincia del país que por medio de una ley sancionaba un protocolo sobre el tema. Pero la norma fue vetada por el gobernador Oscar Mario Jorge.

43. Los proyectos de regulación del aborto no punible fueron presentados por: Gabriela Alegre (1305-d-2008), Juan Cabandié (921-d-2008), Pablo Failde (1475-d-08), y Diana Maffia (1306-d-2008). A partir de estos proyectos, y con el objetivo de consensuar un único proyecto, la comisión de salud de la Legislatura abrió un espacio para la deliberación con expertas/os y ciudadanas/os, que tuvo lugar en el marco de cuatro audiencias públicas durante octubre y noviembre de 2008. Por otra parte, en Santa Fe, la legisladora Lucrecia Aranda propuso una nueva versión de su proyecto de ley sobre "Atención Sanitaria en casos de Aborto no Punible".

44. El Proyecto 5223-D-2008 fue presentado por Juan Silvestre Begnis, Juliana Di Tullio y Nora Cesar. En noviembre se suspendió, sorpresivamente, una reunión conjunta de comisiones en la que se planeaba considerar el proyecto. Cabe destacar que, si bien después de la vuelta a la democracia se han presentado varios proyectos sobre aborto, ninguno fue tratado en el recinto parlamentario ni ha obtenido dictamen en las comisiones correspondientes, salvo dos proyectos sobre aborto no punible, el proyecto de la Diputada Marino y otros, de 2007 (Proyecto 0028-D-07) y el proyecto de la diputada Augsburguer, Sesma, Tate y Di Pollina, reingresado en el año 2008 (Proyecto 0451-D-08).

45. El Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), de Rosario, la Asociación Católica por el Derecho a Decidir, de Córdoba, y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).



Estas hojas son posibles gracias al apoyo de

