

## **BREVES REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY 27.610 DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.**

por: JORGE EDUARDO BUOMPADRE

### **I. CUESTIONES GENERALES**

Es sabido que el Código penal no define el aborto (ni tal vez debería hacerlo), pero tampoco lo hace la nueva legislación que hoy regula la materia, circunstancia que vuelve a colocar en la mesa de debate una centenaria controversia aun no resuelta, pues nos reenvía, por un lado, a una discusión que parece no tener fin sobre qué debemos entender por aborto, o desde cuándo estamos frente a una situación de aborto, cuestión que revive un antiguo litigio doctrinario y jurisprudencial que campea, especialmente, entre dos teorías que aun siguen vigentes: la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación y, por otro lado, al regreso a viejas discusiones entre el nasciturus y la madre, o dicho de otro modo, entre los derechos de la persona por nacer y los derechos de la madre, cuestión que, a su vez, nos vuelve a introducir en otro problema, si el nasciturus es persona o no para nuestro derecho y, en su caso, si merece o no protección penal.

Todos son problemas que, aun con la nueva legislación, no han tenido una solución satisfactoria o que convenza a todos los sectores de opinión.

Sin duda que, con la sanción de la Ley 27.610, hay **un antes y un despues** en el análisis del fenómeno del aborto, pero con sus propios matices.

**Antes de la ley**, teníamos este panorama:

1. Los **delitos de aborto**, tipificados en los artículos 85 a 88 del CP, con sus propias características.
2. La **Guía Técnica para la Atención Integral de los abortos no punibles** (elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación) , en el marco de un Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable

(que data del año 2007), revisado, actualizado y puesto en ejecución mediante la Resolución Ministerial N° 1184, de 12 de julio de 2010, cuyos objetivos pueden sintetizarse en el siguiente: *“garantizar el ejercicio real y efectivo del derecho de las mujeres a acceder a un aborto frente a determinadas circunstancias que lo autorizan”*, es decir, potenciar la ejecutoriedad inmediata de las clases de “abortos no punibles” previstos en el art. 86, 2do. párr., del código penal.

3. **La jurisprudencia.** Desde hacía más de 90 años que en la Argentina no se hablaba del aborto, sea por el motivo que fuere siempre se lo mantuvo en silencio, las estadísticas judiciales eran más que elocuentes, nadie quería verse involucrado en un proceso penal por aborto, ni la mujer embarazada, ni el médico, ni el juez.

Era casi un epopeya encontrar en los repertorios de jurisprudencia -sobre todo de las provincias- un caso de aborto, menos aún un caso que haya finalizado con sentencia, lo cual ponía en evidencia un aspecto del problema que muchas veces pasaba (y pasa) inadvertido: **que el aborto no es (o no debiera ser) un problema penal, sino que es un problema social.**

Fue, precisamente, mediante el fallo F.A.L. de la CSJN, de 13 de marzo de 2012, que se obligó a las provincias a garantizar el aborto cuando la gestante era víctima del delito de violación, trayendo un poco de luz al problema, pues, al decidir que cualquier mujer (no sólo quien padecía de alguna deficiencia mental) podía ser sometida a prácticas abortivas sin miedo a ser puesta en prisión, la Corte -si bien no dijo nada que pudiera aparecer como novedoso-, lo que hizo, en definitiva, fue sólo terciar en una vieja polémica en torno del artículo 86 del Código penal, que estaba instalada en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestros tribunales desde hacía casi 100 años, acerca de si el inciso 2° de este artículo 86 contemplaba una sola causal de impunidad (aborto eugenésico) o dos (aborto eugenésico y sentimental) (Ver sobre este fallo, “Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo”, artículos de Jorge E. Buompadre, Andrés Gil Domínguez y Alfredo M. Vítolo, La Ley. Buenos Aires, 2011- F, 1213).

Dicho de otro modo, la Corte decidió que esa disposición declaraba la impunidad de la interrupción del embarazo cuando hubiere sido la consecuencia de una violación sexual, padezca o no la mujer alguna deficiencia mental.

Con otros términos, antes de la ley 27.610, cualquier mujer podía someterse libremente a un aborto, siempre y cuando el embarazo haya tenido su origen en una violación sexual, lo cual –como derivación inmediata- implicaba también la impunidad del médico que hubiere intervenido en la práctica abortiva.

Ahora bien, esto no quería decir -desde luego-, que aquel fallo de la Corte implicaba –como una consecuencia colateral- que el aborto quedaba despenalizado y su práctica era libre, en cualquier situación. No. Sólo podía practicárselo en los casos previstos en el art. 86, que eran (y siguen siéndolo, como veremos más adelante) excepcionales.

En resúmen y con arreglo a esta decisión del máximo tribunal de justicia del país, la interrupción voluntaria del embarazo estaba permitida únicamente en los siguientes casos:

- 1) cuando era necesario realizarla por una indicación médica, por encontrarse en peligro la vida o la salud de la mujer y
- 2) cuando la mujer hubiera sido víctima de una violación sexual.

Y esta es toda la historia. Nada cambió desde 1921 hasta ese fallo de la Corte. Lo único novedoso era que el máximo tribunal nunca se había pronunciado sobre el tema. En esa oportunidad lo hizo y sugirió algunas directrices. Pero la situación de aquellas mujeres que querían practicarse un aborto, por los motivos que fueren, seguía siendo la misma. El aborto era un delito y no podía ser practicado sino en el marco de las situaciones de excepción que estaban previstas en el art. 86.

Mientras tanto, la doctrina seguía enfrascada en las mismas discusiones de siempre y la jurisprudencia continuaba sin pronunciarse en ningún caso que fuera importante para variar el norte de la discusión.

**El después** aparece luego de casi 100 años, mediante la reforma que se opera con la Ley 27.610, el 15 de enero de 2021.

Sin perjuicio de esto, hoy en Argentina ya no se puede abordar toda la problemática del aborto desde el derecho penal exclusivamente, sino que tenemos que realizar un análisis contextual, en forma sistemática, del orden jurídico en general, puesto que la nueva ley, si bien regula un régimen administrativo y un régimen penal, en cualquier caso hay que contextualizarlos -en un marco normativo general-, con la ley 26.743 de identidad de género, con el código civil y comercial de la nación, con la ley 26.529 de derechos del paciente, con la ley 26.485 de violencia contra la mujer, con la ley 26.061 de derechos de los niños, niñas y adolescentes y con los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22 CN).

Dicho esto, la ley de IVE tiene un punto que es central y que termina con las viejas discusiones, aun cuando no haya satisfecho ni haya sido del agrado de algunos sectores de opinión.

La Ley establece -como punto de partida- la **desincriminación del delito de aborto**, que estaba previsto en el inciso 2 del artículo 85 del Código penal en su texto anterior.

Este artículo tiene un viejo origen; nació con el mismo Código penal en el año 1921 y pudo sobrevivir a los tiempos durante casi 100 años, respecto de los cuales, cabe recordar, se cumplen este año en el mes de noviembre. Y para aquel entonces, el Código penal argentino en materia de aborto fue -aunque cueste creerlo- uno de los códigos más liberales del mundo, cuando muchos códigos europeos y de América Latina eran más restrictivos y prohibitivos, simplemente porque ya permitía el aborto, no sólo en las situaciones de excepción que estaban previstas en el art. 86 en su texto original, sino porque permitía el aborto en cualquier momento de la gestación, sin establecer un plazo o término legal que pudiera implicar un límite para la práctica, salvo las particulares situaciones biológicas por las que podría estar atravesando la gestante o el avanzado estado del embarazo que impedía la realización del aborto. Pero, como se habrá de suponer, estas singulares situaciones no eran un problema penal sino médico.

Dicho con otros terminos, si bien se regulaban situaciones de excepción, ciertamente discutibles y que generaron un enorme debate en la doctrina, ello no fue ningún obstáculo para calificar al Código penal como un código de avanzada, pionero en esta temática, en el sentido de regular el aborto con un amplio margen de liberalidad, por cuanto permitía su práctica -como dijimos- si bien en situaciones excepcionales, en cualquier momento de la gestación.

Actualmente, sin embargo las cosas cambiaron, aunque -como veremos, la nueva ley también tiene sus limitaciones.

Recordemos que decía el art. 86: “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 un peligro para la vida o la salud de la madre y 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”.

Como seguramente se tendrá presente, estas clases de abortos impunes provocaron una gran controversia doctrinal y jurisprudencial que parecía

no tener fin, especialmente en la interpretación de la expresión “atentado al pudor” prevista en el inciso segundo, controversia que llegó a su final recién con la sanción de esta nueva legislación sobre IVE en el mes de enero de este año 2021, cuyos aspectos más salientes analizaremos a continuación.

Repasando esta nueva normativa, nos parece que la cuestión penal que ella introduce no habrá de causar muchos inconvenientes en el día a día de las mujeres. El aborto seguirá siendo lo que se entendió por él durante siglos, más allá de las discusiones que seguramente seguirá provocando y de la nueva denominación que da título a la Ley: “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, puesto que, sin temor a equivocarnos, podemos seguir llamando al fenómeno que tenemos enfrente como “aborto” o como “interrupción voluntaria del embarazo”, dos expresiones que podemos usarla sin miedos, porque tienen un mismo significado. De hecho, en la misma ley se usan los dos términos indistintamente.

Lo que ha cambiado con la nueva normativa -desde nuestro ver- es la categorización jurídico penal que ahora tiene el aborto. En efecto, el aborto con consentimiento, que antes de la reforma era considerado un delito en la ley penal y que estaba previsto en el art. 85 del CP, ahora no lo es, siempre que concurren ciertas condiciones que también están previstas en la ley 27.610.

Los problemas que podrían plantearse se concentran más bien en cuestiones de naturaleza administrativa que se regulan para el trámite que debe llevar todo el procedimiento de la práctica abortiva en los centros públicos de salud (por ej. el consentimiento informado, en especial en casos de menores de edad, la objeción de conciencia del profesional, antes y después del aborto, etc.) que la cuestión penal propiamente dicha, salvo algunas cuestiones particulares que veremos más adelante.

Un aspecto importante regulado en la ley es que el aborto es gratuito en un hospital público (art. 12). La propia legislación establece que la práctica debe ser incluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO), con cobertura integral y gratuita tanto del sector público de salud como en el privado.

Pensemos, sin embargo, qué sucedería en aquellos casos en los que un médico realizara la práctica del aborto, en su consultorio particular, pero por una contraprestación en dinero, es decir, no en forma gratuita como establece la ley, sino cobrando, como consulta profesional o directamente por la práctica completa (en el CP español se castiga una situación similar en el art. 145 bis, cuando la práctica del aborto se realizara “fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado”).

O bien, qué pasaría en los casos en los que un médico que tiene suscrito un convenio con una obra social, que debe ser gratuito, realiza un aborto en forma privada por un precio determinado.

O bien, aquellos casos en los que el médico realiza el aborto de una paciente que no tiene obra social, y le cobra una suma de dinero determinada.

O bien, los casos en los que habría que distinguir la actividad de un médico funcionario público de uno que no tiene tal condición.

O, habiendo firmado la objeción de conciencia -con las implicancias que ello tiene en el sistema público de salud-, igualmente realiza en forma privada la práctica del aborto, por un precio.

Todas estas cuestiones -y seguramente muchas otras que se presentarán en la vida diaria- se plantearán en los casos concretos, pero que no tienen, en principio, relación con la cuestión penal que nos interesa, salvo con algunas otras disposiciones de la ley penal.

Esta nueva normativa regula distintas cuestiones que no habrán de ser desarrolladas aquí, por cuanto, muchas de ellas, no tienen vinculación con la problemática penal que plantea el aborto, pero sí vamos a hacer a continuación una síntesis de los que nos parecen los aspectos más destacables de la ley, que son los siguientes:

En el art. 2 se establece un derecho, ¿para quién?

- 1) para las mujeres y,
- 2) para las personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.

En este punto es forzoso que nos detengamos un momento y nos preguntemos, ¿era necesario que la ley haga la aclaración respecto de las personas con otra identidad de género?. Seguramente, la respuesta más inmediata será que sí, que era necesaria la aclaración para contemplar también a este colectivo de personas que están amparadas por la Ley 26.743 de Identidad de Género, la cual -como es sabido- acuerda a toda persona el derecho de rectificar su sexo, nombre de pila, imagen, etc., de conformidad con su identidad de género.

Sin embargo, creemos que bien mirada la cuestión, se podrá observar que esta mención en la ley de personas con otra identidad de género, está haciendo referencia a “mujeres que han cambiado su género por el de un hombre”, es decir, que se han convertido en hombre “normativamente” pero, biológicamente, siguen siendo mujeres; de otro modo, la ley no hubiera tenido necesidad de hacer la aclaración de que estas personas tengan “capacidad de gestar”, puesto que las únicas personas que tienen

capacidad de gestar son las mujeres, aunque hayan rectificado su sexo y cambien de identidad adoptando un nombre masculino. Dicho de otra manera, este colectivo de personas -de no haber estado previsto en forma expresa en la norma- hubiera quedado comprendido dentro del sustantivo femenino “mujeres”, porque son las únicas, hasta el momento, que pueden quedar embarazadas.

Sin perjuicio de ello, nos parece que esta incorporación de este universo de personas en la ley en forma expresa, ha pretendido, por un lado, despojar a la norma de toda sospecha de sexismo que pudiera poner en riesgo la situación de estas personas gestantes, pero con otra identidad de género, frente al poder penal del Estado y, por otro lado, evitar que la sola mención del sustantivo “mujeres” pudiera implicar una violación de los principios de igualdad y de no discriminación regulados en nuestro derecho interno (arts. 16, 19 y 75, inc.22 CN; art. 1.1, CADH; art. 2.1, PIDCP; art. 2.2 PIDESC, y art. 2, CIDN).

Decíamos más atrás que la nueva legislación otorga nuevos derechos a las mujeres y otras personas gestantes: el derecho a decidir la interrupción del embarazo de conformidad con las condiciones establecidas en la misma normativa.

El art.4 es el dispositivo más importante de la ley, cuyo texto establece que *“Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la **interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.**”*

*Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:*

*a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.*

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

*b) Si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante”.*

Más allá de la discusión en torno de la constitucionalidad del derecho al aborto, lo cierto es que -desde nuestro punto de vista-, este derecho que

acuerda la ley a interrumpir voluntariamente el embarazo resulta compatible -aun cuando ello sea motivo de controversia- con la normativa interna y con el derecho internacional de los derechos humanos, a cuyo cumplimiento la Argentina se ha obligado, reconociendo su competencia, no sólo al suscribir estos Tratados e incorporarlos al derecho interno (a la CN) – y que no han sido denunciados hasta ahora por el Estado argentino-, sino también al obligarse a no invocar normas del derecho interno (ni nacionales ni provinciales) para no cumplir con estos Tratados, tal como establece el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (aprobada por Argentina mediante la Ley 19.865, del 3/10/1972), cuyo texto, recordamos, dice:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado...”

Como se establece en el artículo que estamos comentando, la IVE **fuera del plazo de 14 semanas**, exige que la persona que aduce haber sido violada, debe suscribir una declaración jurada, en la que se ponga de manifiesto esta situación y la voluntad de someterse a una práctica abortiva (“requerimiento”, dice la norma, o sea que debe manifestarse un pedido, claro y explícito, de que se requiere un aborto).

Pero, en el caso de menores de 13 años, esta declaración jurada no es necesaria. ¿Porqué?. Porque se presume que, en estos casos, la menor fue abusada sexualmente (recordemos que el consentimiento -ciertamente discutible- no tiene validez en los casos de menores de 13 años, según el art. 119 CP) y, exigir una declaración jurada de que fue violada, implicaría una contradicción con la propia presunción que se supone contiene implícitamente la norma, porque siempre se entenderá que hubo violación (Confr. nuestra postura sobre el consentimiento en caso de menores de edad, en Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, parte especial, 3ra. edición, T.1, pags.393 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009; Derecho Penal, parte especial, 3ra. edición, pags. 196 y sig., Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021).

En lo que refiere al inc. 2 del art. 4, que despenaliza el aborto en los casos en que *hubiere peligro para la vida o la salud de la persona gestante*, la Ley ha derogado la referencia del texto del art. 86 anterior que exigía que “el peligro no pudiese ser evitado por otros medios”, con lo cual se ha otorgado una mayor cobertura a este tipo de situaciones, por cuanto ya no hay que acreditar que el aborto es necesario y que no puede ser evitado



por otros medios, sino que ahora es suficiente con la verificación del peligro para la vida o la salud de la persona gestante para que la práctica del aborto quede habilitada legalmente.

Ahora bien, ¿cómo se verifica la existencia de este peligro?. Nos parece que esta exigencia ya no se trata de una cuestión normativa sino “estrictamente médica”, que debe comprobarse *ex ante* y, tal constatación, seguramente habrá de quedar documentada en la historia clínica de la paciente.

Entonces, recapitulemos. La ley establece (haciendo una combinación entre los arts. 4 y 5), que “Toda mujer o persona con otra identidad de género con capacidad de gestar, tiene derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) hasta la semana catorce (14), inclusive, del embarazo y la práctica debe ser realizada en los servicios del sistema de salud, o con su asistencia, *en el plazo máximo de 10 días corridos desde su requerimiento*.”

Estos artículos, como se puede observar, ponen de relieve dos situaciones:

- 1) La equiparación del sujeto pasivo “mujer” a una persona gestante con otra identidad de género, y
- 2) El establecimiento de un plazo máximo perentorio de 10 días corridos, para garantizar la IVE, exigencia que compatibiliza con la doctrina del fallo F.A.L. de la Corte Suprema, en el que se dijo que:

“...el Estado, como garante de la administración de la salud pública..., tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las *condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura*” (destacado nuestro).

Aquí se implementa -como ya dijimos- la posibilidad del aborto para aquellas personas que se encuentran abarcadas por la Ley 26.743 de Identidad de Género, vale decir que lo que importa es que la ley posibilita que una mujer que ha rectificado su sexo, pueda someterse a un aborto en las mismas condiciones que una mujer que no está comprendida en dicha

ley, pero claro, siempre que tenga capacidad de gestar, circunstancia que debería acreditarse mediante un examen médico para determinar con certeza dicha situación. No se trata de una cuestión normativa sino médica. En rigor, lo que debería verificarse médicamente es la existencia de un embarazo, no la capacidad para quedar embarazada.

La ley habla, como vimos, de persona gestante -o, lo que es lo mismo, una persona con capacidad de quedar embarazada (que esté embarazada o que pueda estarlo)-, circunstancia que podría plantear un problema que debe ser establecido con precisión, el "tiempo de gestación" de la persona, puesto que -por imperio del principio de legalidad- se torna necesario determinar con rigor científico el momento exacto del embarazo, debido a que es a partir de esta condición que se debe contar el plazo de 14 semanas en días corridos.

Entonces, la gran pregunta es ¿cuando existe embarazo?, interrogante que nos regresa a cuestiones no resueltas definitivamente por la ciencia y que aun continua en debate en la doctrina.

Para quienes adherimos a la **teoría de la anidacion**, existe embarazo cuando el óvulo fecundado se adhiere en el utero de la madre, que es el momento preciso de la concepción. De manera que la implantación del cigoto (célula que es el resultado de la unión del espermatozoide con el óvulo) en el útero de la mujer o persona gestante, entre los 7 y 14 días desde la fecundación, determina el momento en que se produce el embarazo.

Esta es una postura científica, como es sabido, a la que ha adherido nuestro nuevo Código civil y comercial (arts. 19 y sig.), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4.1) y la jurisprudencia de la CorteIDH en el fallo "Artavia Murillo vs Costa Rica" (S. 28/11/2012), que -según la doctrina de la Corte Suprema argentina-, es de aplicación obligatoria.

Sin perjuicio de esto, es la propia rúbrica que el legislador ha elegido para la ley, la que nos da una pista para confirmar que el embarazo de la persona gestante es presupuesto necesario para que podamos hablar de aborto.

Por lo tanto, hoy no podemos discutir que la nueva legislación se ha decantado por la teoría de la anidación, lo cual implica que todo lo que antecede al momento del ambarazo queda fuera del radio de acción del derecho penal, situación que se podría plantear en cualquier caso de

aborto en el que la práctica se llevara a cabo antes de que se produjera el fenómeno de la implantación.

Vale decir que, si se realiza la práctica del aborto y la mujer no está embarazada -porque, por ejemplo, aun el cigoto no se implantó en el útero de la mujer o el feto está muerto-, no es posible un aborto (por inexistencia de sujeto pasivo) pero, si como consecuencia de las maniobras abortivas muere la mujer, aquí ya se presenta otro problema que se tendrá que discutir en el marco de lo establecido en el art. 85 CP (sobre esta cuestión, véase Buompadre Jorge Eduardo, Derecho penal, parte especial, 3ra. edición, pags.110 y sig, Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021).

Insistimos con esto, el art. 4 establece que: **Después de las 14 semanas de gestación**, se podrá acceder a la IVE si el embarazo fuere resultado de una **violación o si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante** (el proyecto original contenía la palabra “integral” a continuación de “salud” en el inc. 2 del art. 86 CP, pero fue observada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional No. DEPPA-2021-14-APN-PTE, de 14/01/21).

En este punto, entonces, se deja aclarado que el aborto también se puede practicar después de las catorce semanas de la gestación, pero únicamente en las condiciones establecidas en la ley, esto es, si el embarazo ha sido el resultado de una violación o hubiere existido peligro para la vida o la salud de la embarazada.

Este es un tema que podría generar algunos problemas de interpretación, puesto que la ley no hace ninguna aclaración respecto del delito de violación, como ocurrió con alguno de nuestros antecedentes en los que se exigió que la “acción penal por este delito haya sido iniciada” (Ley 21.338. Sobre este tema, ver Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.3, Ediciones TEA, Buenos Aires, 1970). Vale decir, que es suficiente para la ley que la mujer manifieste que ha sido violada (seguramente -como antes se dijo- en una declaración jurada) para que se active la autorización para abortar.

Ahora bien, un problema podría presentarse cuando la víctima de violación fuere una persona menor de edad o incapaz, o el delito hubiere sido cometido por un progenitor, etc., entre otras situaciones que están previstas en el art. 72 del Código penal, porque en estos casos el MPF debe actuar de oficio, es decir, que está obligado a investigar el delito de violación. Inclusive, esta obligación de formular la denuncia surge de la

propia Ley 26.485 de Violencia contra la Mujer, cuyo art. 18 prescribe que: *“Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o con ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular la denuncia, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito”*.

Vale decir, que por este art. 18 de la Ley 26.485, en estas situaciones, la denuncia por el delito de violación es obligatoria. Pero, claro, esta situación no significa ningún cambio en la opción prevista en la ley: si la mujer declara que ha sido violada, entonces puede abortar, se haya o no en marcha la acción penal por el delito sexual.

Como se puede suponer, esta “autorización legal” a la persona gestante para practicarse un aborto después de las 14 semanas, invocando solo haber sido violada -pese a que la ley guarda silencio- planteará seguramente en los casos concretos, algunas cuestiones difíciles de solucionar, por ejemplo, en aquellos casos en los que la persona gestante invocara falsamente haber sido víctima del delito sexual, situaciones que nos debería hacer preguntarnos:

- 1) Qué pasaría en aquellos casos en los que la mujer no fue violada, sino que sólo invocó esa situación porque se le venció el término para practicarse un aborto legalmente e, inclusive, dentro del término legal?
  
- 2) Qué pasaría si la mujer formulara la denuncia por el delito de violación (que lo puede hacer, pues la ley no lo prohíbe) y, en el proceso, se comprobara que no hubo violación?.

Seguramente que mucho dependerá de los resultados del proceso, es decir, de qué resolución estaríamos hablando, pues podrían presentarse varias situaciones: a) por ejemplo, que se haya comprobado asertivamente en el proceso que el presunto autor del hecho no fue realmente el autor (lo cual no quiere decir, por supuesto, que no haya habido delito, que es otra situación); b) que no hubo pruebas suficientes de la autoría del hecho y que el proceso terminara con un sobreseimiento definitivo del imputado; c) que se haya comprobado que la denunciante mintió al formular la denuncia y que, en realidad, no fue víctima de violación; etc.

En este tipo de situaciones -y de otras que seguramente se presentarán en los tribunales de justicia-, además de los delitos contra la administración pública que se pudieren cometer (por ej. falsa denuncia, falso testimonio, etc.), tanto la persona gestante como el médico interviniente, correrían el riesgo de ser acusados por el delito de aborto. Pero claro, estas situaciones solo podrán verificarse en la jurisprudencia que se vaya elaborando en el futuro en nuestros tribunales de justicia.

## **II. REponsabilidad Funcional en Abortos Legalmente Autorizados**

La ley 27.610 incorporó un nuevo artículo al Código penal, el **85 bis**, cuyo texto, establece lo siguiente:

*Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en lo casos legalmente autorizados.*

Se trata de una figura sin precedentes en nuestro historial legislativo, inclusive en el derecho comparado aunque, con ciertas matizaciones, algunas legislaciones castigan situaciones similares (Por ejemplo, el art. 145 bis del CP español, incorporado por la LO 2/2010).

El funcionario público, el profesional, efector o el personal de la salud tienen, en principio, el deber de prestar la asistencia a la paciente a quien se le haya autorizado la interrupción voluntaria del embarazo. Es una obligación principal, cuyo incumplimiento puede irrogarle a estas personas responsabilidades disciplinarias, civiles, administrativas y penales.

Pero -de conformidad con la misma legislación- pueden también ser

*objeto*res de conciencia, que les permite oponerse al cumplimiento del deber jurídico que implica la práctica del aborto (art.10), vale decir, oponerse a la prestación invocando una objeción de conciencia fundada en razones religiosas, morales, éticas, filosóficas, ideológicas e, inclusive, políticas (Conf. Ciaurriz María José, El aborto en el derecho español. Consideraciones doctrinales y legislativas, disponible en [www.boe.es](http://www.boe.es)).

La objeción de conciencia es un derecho del profesional y personal de la salud que deben actuar en la dilemática instancia que plantea el aborto, y tiene su fundamento normativo en la “libertad de conciencia o de religión” (libertad ideológica) reconocida en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 75.22 CN).

El artículo 10 de la Ley 27.610 establece que quien ejerza la objeción de conciencia, deberá someterse a las siguientes condiciones:

- 1) Mantener la decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerzan su profesión.
- 2) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones.
- 3) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

La misma normativa impide al personal de la salud negarse a la realización del aborto en casos en los que la vida o la salud de la persona gestante esté en peligro y se requiera atención médica inmediata e impostergable, como así a invocar la objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria posaborto.

La norma no es muy clara y puede generar confusiones a la hora en que deba tomarse una decisión sobre la realización de la práctica en estas situaciones, por cuanto establece la prohibición, al personal de la salud, de negarse a la IVE en una paciente cuando su vida o su salud “estén en peligro “y” requiera atención médica inmediata e impostergable”, vale

decir, cuando concurren ambas condiciones, algo que podría no suceder en ciertas circunstancias, por ejemplo, que la gestante presente un cuadro que pone en riesgo su vida o su salud, pero que no requiere atención médica inmediata e impostergable, entorno que permitiría al personal de la salud negarse a la prestación sanitaria invocando la objeción de conciencia, lo que no podría evitar si se dieran ambos estados de salud en la paciente.

Ahora bien, nos preguntamos ¿por qué se hace esa distinción de la prohibición de negar la objeción de conciencia “después” del aborto y no antes?. Porque la prohibición en los casos de atención sanitaria posaborto es razonable, en la medida que la situación no implica la interrupción del embarazo, sino una prestación médica a una paciente a quien “ya se le practicó” el aborto, de manera que ya no tendría ningún sentido formular la objeción de conciencia frente a un aborto ya llevado a término.

TIPO OBJETIVO. El delito que estamos analizando sanciona a quien ***dilatarse injustificadamente, obstaculizarse o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.***

SUJETOS ACTIVOS son el *funcionario público o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud.*

La norma tiene “dos curiosidades” dignas de mención, que son únicas e irrepetibles (bueno, esto último es difícil saberlo entre nuestros congresistas) en la historia legislativa de nuestro Código penal:

- 1) por un lado, empieza el tenor del artículo diciendo: “Será *reprimido o reprimida*”
- 2) y, por otro lado menciona a “el” funcionario público y a “la” funcionaria pública, como posibles agentes del delito.

Desde nuestro punto de vista, estas referencias “con perspectiva de género binaria”, son innecesarias, pues está a la vista que el legislador siempre ha utilizado el pronombre personal “*El que...*”, para referirse al autor del delito, y nunca se ha puesto en discusión en la doctrina ni en la jurisprudencia (inclusive mundial) que con tal referencia no esté abarcada la mujer. Y, cuando tuvo la intención de distinguir entre el hombre y la mujer, lo hizo, tanto en las figuras básicas como en las agravadas, por ej. en el delito de femicidio, respecto del cual se decidió que sólo es femicidio la muerte de una mujer causada por un hombre y no al revés; o en la privación de la libertad agravada (secuestro), en su versión anterior, cuando se aplicaba la mayor penalidad en aquellos casos en los que la víctima era una mujer (hoy, por cuestionamientos que no vienen al caso desarrollar, se agregó el término “embarazada”); o agravando el secuestro cuando el delito fuera cometido por un funcionario o empleado público pertenecientes a una fuerza de seguridad, sin hacer una distinción entre hombre y mujeres, etc.

Si así no fuera entendido, entonces habría que, no sólo reconsiderar toda la dogmática respecto del autor del delito en todas las infracciones previstas en el Código penal, incluyendo en el segmento relativo al sujeto activo una “perspectiva de género binario” (hombre/mujer), sino también habría que entender que, cuando el código no hace esta diferencia entre hombre y mujer, sólo debería ser autor la persona cuyo género gramatical está mencionado en el tipo de injusto, circunstancia que nos conduciría a sostener la tesis, “insostenible”, por un lado, de que casi todos los delitos tipificados en el CP sólo pueden ser cometidos por hombres, no por mujeres, porque los tipos han sido redactados con pronombres masculinos determinados “El que...” (singular), “Los que...” (plural), etc. y, por otro lado, los delitos previstos en el Título XI -Delitos contra la Administración pública- sólo podrían ser cometidos por “funcionarios públicos masculinos”, por cuanto en ningún supuesto se ha hecho la diferencia entre funcionarios hombres y funcionarias mujeres. Por ejemplo -por citar



solo algunos- en la malversación de caudales públicos, se hace referencia a “el funcionario...”, que hiciera tal o cual cosa; en el prevaricato se hace referencia a “el Juez” que hiciera tal o cual cosa, etc.

Sin perjuicio de estas “rarezas” de nuestro lúcido, imaginativo y siempre tan esmerado legislador (Véanse las acertadas críticas de Jorge L. Villada a este nuevo delito en “Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo, ebooks, Thomson Reuters, 2021), lo que queda sin saberse es si están comprendidas las personas autopercebidas con otra identidad de género, puesto que, en el tipo penal, no se habla de “funcionarie” (con el subfijo “e”), que sería -según esta moda- la denominación correcta para estas personas, si se pretende incluir referencias gramaticales no binarias.

Se trata, sin dudas -por ser misericordioso con la crítica- de un exceso, una sobreactuación en términos de política criminal, que tiene más un color o interés político que imponer una nueva “moda” o técnica legislativa que, evitando la redacción tradicional en la confección de los tipos de injusto (por lo general, masculino en referencia al sujeto activo), incluya la otra pata de género, lo femenino.

Si de dislate legislativo se trata, peor hubiera sido, ciertamente, que el tipo penal diga “funcionario”, “funcionaria” y “funcionarie”, como cuando se dice “buenas tardes a todos, todas y todes”, lo cual demuestra una vez más, los sinsentidos del legislador argentino, siempre viviendo de contramano al mundo (ahora, a la lengua castellana) y llevando a cabo las cosas más absurdas que se pueda uno imaginar, en todos los ámbitos.

Por lo tanto, y más allá de este fursio legislativo y avanzando en el análisis de esta infracción, se trata de un delito especial de autor cualificado, el cual no puede ser cometido por cualquier persona, como se dijo muy ligeramente en la Comisión del Senado en oportunidad de discutirse el proyecto, sino sólo por quien reúne la condición establecida en la ley.

Si bien se ha eliminado la mención del médico que estaba regulada en la normativa anterior, específicamente en el art. 86, lo cierto es que ello no quiere significar que cualquiera puede practicar este tipo de aborto

regulado en la Ley 27.610, menos aun en un establecimiento público de salud. El texto del artículo 85 bis, pese a sus notorias extravagancias, es bastante plausible en este sentido. Pero, aún así, conviene aclarar que, cuando dice *“el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud...que...”*, quisiéramos creer que está haciendo referencia a un “funcionario de la salud”, o sea, a un médico que a su vez es funcionario público, y no a “todos” quienes pueden ser considerados con tales condiciones -prestadores de la salud que ocupan un cargo público-, entre los que habría que incluir a farmacéuticos, adontólogos, psicólogos, bioquímicos, quinesiólogos, fisioterapeutas, etc. A esta dificultad, habría que sumar que la conjunción disyuntiva utilizada en el precepto ayuda muy poco en la interpretación, pues -si hacemos un análisis descontextualizado de su tenor- da toda la sensación de que está haciendo referencia a un “funcionario público” con funciones específicas en el centro asistencial, por ejemplo Director, gerente, etc. del hospital, el cual podría o no tener el título de médico, circunstancia que impediría -si no fuera un profesional de la salud acreditado- realizar la práctica del aborto, aun cuando pudiese tener otros niveles de responsabilidad administrativa y/o penal.

El artículo tipifica un delito especial, de autores cualificados, distinto a los abortos comunes previstos en los arts. 85 y sig. Código penal, los que pueden ser practicados por cualquier persona (el sujeto activo es indiferenciado); por lo tanto, nos parece que la referencia a prestadores de la salud en general o a “personal de la salud”, frase con que se colorea el final del precepto, comprende únicamente a los médicos y no a todos aquellos que pueden integrar ese colectivo de personas, por ej. enfermeros.

La norma no formula ninguna distinción respecto de la situación de los prestadores de la salud, de manera que quedan igualmente comprendidos quienes son objetores de conciencia y quienes no, pero, en el primer caso, nos parece que sólo podrán ser autores aquellos que realizaren las

conductas típicas en el proceso de prestación sanitaria posaborto o en aquellos casos en los que peligra la vida o la salud de la persona gestante, mientras que los que no son objetores de conciencia, podrán cometer el delito en cualquier circunstancia, si no concurrieren las condiciones legales exigidas para la práctica del aborto.

Desde luego que estos sujetos -según la situación de que se trate- pueden ser autores o partícipes en las acciones tendientes a la práctica del aborto, pero debería analizarse caso por caso, puesto que la autoridad del establecimiento (por ejemplo el director del hospital), podría dilatar u obstaculizar la realización del aborto, pero no podría ser autor de “negarse a hacerlo” si no se tratare de la persona que directamente debe intervenir en su realización.

Si se tratare de un objetor de conciencia, por ejemplo, que no hiciera la derivación de la paciente a otro profesional en tiempo oportuno, incurriría en una dilación injustificada; también, si se negara a prestar la asistencia a una paciente cuya vida o salud corren peligro y debe ser atendida de inmediato y en forma impostergable, cometería igualmente el delito que estamos analizando (ver arts. 10 y 11 de la Ley 27.610).

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que, para evitar una criminalización indiscriminada de los profesionales de la salud -pues la norma no traduce ningún límite al describir las acciones típicas-, deberán manifestar previamente su objeción de conciencia negándose a la realización del aborto, pues de otro modo quedarían desamparados frente a la ley, debido a que cualquier dilación, por mínima que sea, podría ser entendida como una negación u obstaculización de la práctica y hacerlos incurrir en el delito.

Con respecto al SUJETO PASIVO, no se advierten problemas: es la mujer o persona con otra identidad de género con capacidad para gestar, que ha requerido la interrupción voluntaria del embarazo.

#### LAS ACCIONES TIPICAS

Como vimos, las acciones punibles consisten en **dilatar injustificadamente, obstaculizar o negarse**, a la práctica del aborto.

Si bien la norma -creemos que por un error de técnica legislativa- sólo se refiere a la acción de “dilatar” como que debe tratarse de una conducta “injustificada”, en realidad “todas” las acciones previstas en el tipo penal deben estar injustificadas, porque, de lo contrario, no se trataría de comportamientos antijurídicos; de allí que el mismo precepto aclare que las conductas se deben realizar “en contravención de la normativa vigente”, vale decir, de las disposiciones de la Ley 27.610.

Si así no se entendiera el precepto, se correría el riesgo de que cualquier acción u omisión que implique un obstáculo para la práctica del aborto, por mínimo o ínfimo que sea, o el médico, efector o personal de la salud, etc., se negaran a su práctica, por ejemplo, por falta de insumos médicos o por presentar la paciente un problema de salud que desaconseje el aborto, pudiese involucrarlos en una persecución penal por este delito.

La acción de “dilatar injustificadamente” puede generar serios problemas a la hora en que deba analizarse un caso concreto, puesto que -tratándose de una expresión muy abierta e indeterminada- se torna sumamente difícil establecer “cuándo” se está frente a una dilación, o “cuánto” sería el tiempo exacto para determinar si hubo o no hubo dilación (demora, retraso, retardo, etc.) en la atención sanitaria, es decir, en la práctica del aborto. En suma, determinar cuál es el “tiempo oportuno”.

Se trata, como se ve, de una *circunstancia temporal* que debe ser analizada caso por caso, puesto que se presenta como muy difícil establecer el baremo de tiempo adecuado para integrar el tipo de injusto. Más aun, cuando es la propia ley la que establece que la persona gestante tiene derecho a la IVE “en un plazo máximo de 10 días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la propia ley y en las leyes 26.485, 26.529, etc.” (art. 5), circunstancia temporal que obliga al profesional de la salud a realizar la práctica del aborto dentro del

mencionado plazo legal, puesto que, de no hacerlo, le podría acarrear una conducta dilatoria, salvo que esté justificada por algún factor dirimente, el que deberá ser invocado por el prestador de la salud. Dicho de otro modo, éste plazo de 10 días corridos es oponible sólo al prestador de la salud, no a la persona gestante.

Claro que un problema podría presentarse en la determinación del momento *a-quo* del plazo, por cuanto debe tratarse de un tiempo a contarse en días corridos desde que la persona gestante ha requerido la IVE al sistema público de salud.

Una solución para evitar inconvenientes en la gestión administrativa de esta condición, podría ser asentar por escrito fecha y hora del requerimiento de la práctica del aborto, vale decir, documentar la situación en una historia clínica de la paciente, y a partir de allí comenzaría a correr el plazo legal de diez días.

El término *ad-quen* culmina en el preciso momento en que comienza la práctica del aborto, esto es, a las 24 hs. del día en que se lleva a cabo el aborto, siempre que no supere el día 10 desde el requerimiento.

Además, no sólo debe tratarse de una conducta dilatoria (de retardo) sino que además debe estar “injustificada”, de manera que deben darse las dos circunstancias por tratarse de una acción múltiple. Si una de estas características faltare, entonces no estaríamos frente a una acción típica.

Este tipo de conductas que se aprecian en el tipo penal, ya habían sido advertidas por nuestro máximo tribunal de justicia en el fallo F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, de 13 de marzo de 2012, en el que se dijo:

... “Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. **Rápida**, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. **Accesible y segura** pues, aun

cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico–burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999)” (CSJN,F.259, XLVI, 2012, disponible en [saij.gob.ar](http://saij.gob.ar)).

El **delito es doloso**, de dolo directo, sin que se requiera un elemento subjetivo especial distinto del dolo. La comisión imprudente no está prevista.

Tratándose de un delito de pura actividad, se **consume** con la sola realización de las acciones típicas, sin que sea necesario que se frustre la práctica del aborto. La tentativa no parece admisible en ninguna de las modalidades previstas en el artículo.