

## Un parche verde al Código Penal

Alba Nájera Stefanía Giovanna<sup>1</sup>

El 30 de diciembre del año 2020 se sancionó, en altas horas de la madrugada, la ley nacional que ya lleva el número 27610, y se trata ni más ni menos de la interrupción voluntaria del embarazo. El proyecto fue enviado por el poder ejecutivo al congreso el 17 de Noviembre pasado comenzando su tratamiento en la cámara de diputados y finalizando en la cámara alta siendo aprobado por 38 votos, con 29 en contra y una sola abstención.

El proyecto ahora convertido en ley no es un texto legal extenso; consta de veintidós artículos entre los cuales se establecen las cuestiones en torno a la interrupción del embarazo y la asistencia posaborto de forma legal, segura y gratuita en cualquier institución de salud<sup>2</sup>.

Esta reforma es como bien se denomina en el lunfardo jurídico, un “parche” al Código Penal argentino; Código que ha tenido intentos de reformas integrales que no han ido más allá de proyectos y que sin duda alguna fueron y serán necesarios para seguir pensando una reforma total de la normativa que resulte congruente proponiéndose una misma finalidad, sin necesidad de celebrar o repudiar reformas que no siempre han sido pensadas jurídicamente, sino que acompañaron sucesos ciudadanos utilizados de forma política, incrementando el punitivismo.

Esta vez afortunadamente dicho “parche” es celebrado y no tiene relación con oportunismos políticos o inflaciones punitivas nacidas de particularidades ciudadanas; la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo es producto de una lucha de muchos años y forma parte de un comenzar en generar un derecho penal reductor y contenedor del poder punitivo, capaz además de descriminalizar a las mujeres, además de evitar sus muertes por abortos clandestinos.

En este breve trabajo proponemos hacer un análisis sobre los artículos del Código Penal resultan reformados o sustituidos por esta naciente ley, haciendo algunas observaciones al respecto.

### El delito de aborto

---

<sup>1</sup> Abogada (UNLP). Docente Derecho Penal I (FCJyS UNLP). Proyecto de tesis Maestría en Comunicación y Criminología Mediática (FPyCS UNLP).

<sup>2</sup> Tal como señala el artículo 11 de la normativa, los establecimientos de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia deberán prever y disponer la derivación a un centro de salud que realice efectivamente la prestación de similares características al consultado por la persona solicitante.

El aborto en sí no es un delito sino que lo que se aplica pena a la realización de la práctica abortiva. Se ubica dentro del Título I, Delitos contra las personas, Capítulo I, Delitos contra la vida. El aborto no es un homicidio; su trato es diferenciado y la escala penal aplicable es considerablemente menor. Está penado desde la sanción, en 1886, del primer Código Penal. Es un delito doloso de resultado el cual no admite la tentativa. Particularmente la práctica del aborto expone una realidad cada vez más notoria en las sociedades actuales; el no funcionamiento de ninguna teoría de la pena, y mucho menos aquellas que tienen como fin prevenir la comisión de los delitos y generar una abstención de su realización.

Hace años los números de mujeres que realizan la práctica aumenta en tanto lo que se pone en debate en muchas ocasiones es la idea cultural de maternidad, que intenta despojarse de la idea de mandato e insertarse en la categoría del deseo.

#### Artículo 14: sustitutivo del artículo 85 del Código Penal

Al igual que la anterior redacción, se trata de la punición a quien lleva adelante la práctica abortiva, aumentando o disminuyendo la escala penal en base siempre en dos ejes; por un lado la existencia o no del consentimiento de la mujer, llamada ahora persona gestante, y por otro lado la consecución de la muerte de la misma. En la nueva redacción ante el caso de la inexistencia del consentimiento las penas se mantuvieron iguales, con la ya supresión de la inexistente pena de reclusión. La actual redacción entonces establece que ante la realización de la práctica sin el consentimiento el lapso de pena se seleccionará entre tres (3) a diez (10) años, elevándose hasta quince (15) si resultare la muerte de la persona gestante.

En el caso de existir consentimiento se reduce ampliamente el lapso temporal. Lo que era un lapso de uno (1) a cuatro (4) años ahora es tan solo de tres (3) meses a un (1) año. Nada dice acerca de la posibilidad de pena ante la muerte de la persona gestante que ha dado su consentimiento, entendiendo entonces que tal devenir no conlleva reproche alguno para el autor o la autora.

El tema del consentimiento, entendido en sentido genérico, siempre ha sido una de las cuestiones más debatidas en la normativa, sobretodo a la hora de tener que probar el mismo en un proceso judicial, y más que nada en lo relacionado con el descreimiento de la víctima en los casos por ejemplo de abusos sexuales.

La ley dispone en su artículo séptimo el llamado consentimiento informado, el cual se requiere por escrito antes de la realización de la práctica, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

### Artículo 15: incorporación del artículo 85 bis al Código Penal

Allí se establece la pena de prisión e inhabilitación especial para el funcionario público o la funcionaria pública o autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contra de la normativa, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados. Esto se entrelaza de manera directa con el artículo 10 el cual establece que el o la profesional de la salud que deba intervenir de forma directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. Este es un derecho que le asiste siempre y cuando se cumplan con deberes como la derivación de buena fé en forma temporánea y oportuna, como así también cumplir con sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas. Además el texto es sumamente claro en que en tanto exista un riesgo para la vida o la salud de la persona gestante, el personal de salud no podrá negarse a realizarlo.

Sin dudas este artículo puede que en un futuro sea uno de los más debatidos judicialmente ya que uno de los mayores obstáculos a la hora de interrumpir un embarazo en los casos permitidos legalmente, tenían estrecha relación con el personal de la salud y su rechazo a realizarlo. De hecho en diciembre de 2019 se había lanzado una actualización del Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, el cual contenía directrices más claras y concisas, las cuales seguramente sufran de futuras modificaciones acorde a la sanción de esta nueva ley aquí comentada.

### Artículo 16: sustitutivo del artículo 86 del Código Penal

Podríamos decir que el presente artículo es el pilar de la reforma, teniendo entonces una mayor claridad en el lenguaje y la sintaxis utilizada, teniendo en cuenta quizás las pasadas interpretaciones judiciales, sobre todo la realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido y denominado caso F.A.L., en el año 2012.

La nueva redacción introduce un punto neurálgico: no es delito el aborto realizado con el consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive. Pasado este lapso de tiempo el aborto no será punible, existiendo consentimiento, cuando el embarazo fuere producto de una violación o si estuviera en riesgo la vida o la salud de la persona gestante.

A diferencia de la redacción anterior este artículo resulta sumamente esclarecedor en torno a la discusión que se dió en torno a si la violación tenía que ser cometida sobre una mujer idiota o demente para ser causal de acceso a la práctica, o si en realidad cualquier mujer, sin necesidad de esa mal llamada idiotez o demencia, podía interrumpir su embarazo. Por suerte la nueva redacción no deja duda alguna, además de eliminar categorías estigmatizantes que no deberían de influir en absoluto con el acceso al derecho, dejando de lado entonces al llamado representante legal y su consentimiento<sup>3</sup>. Lo único solicitado a la víctima del abuso sexual tiene que ver con el requerimiento de la práctica y su declaración jurada ante el o la profesional de salud interviniente<sup>4</sup>. Esta declaración jurada no será requerida en los casos de niñas menores de trece años.

Afortunadamente entonces las causales terminaron siendo redactadas de una forma más clara posibilitando una mayor taxatividad legal e interpretativa.

Por otro lado se eliminó la no posibilidad de evitar el peligro para la vida o la salud por otros medios como alternativa a la negación del aborto. En este punto se echa por tierra cualquier posible discusión sobre el estado de necesidad y la ponderación de bienes jurídicos en tanto sea asimilable comparativamente a la ponderación de vidas.

#### Artículo 17; sustitutivo del artículo 87 del Código Penal

En este punto se agranda el lapso temporal de pena hasta tres (3) años, con un mínimo de seis (6) meses, para quien con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de hacerlo, siempre que le constare el estado del embarazo de la persona le constare o fuere notorio.

Esta figura se trata de un aborto preterintencional, es decir, que va más allá de la intención, pero aún así se ha considerado que el contenido de injusto en causar el aborto es mayor a lo dispuesto en la redacción anterior.

---

<sup>3</sup> El artículo nueve (9) de la Ley establece que si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la propia ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna. Si dicha sentencia judicial de restricción de capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este/a, la de una persona allegada.

<sup>4</sup> El artículo cinco (5) de la Ley establece los derechos en la atención de la salud señalando las condiciones mínimas que el personal de salud debe garantizar, entre las que se encuentran la privacidad, lo que significa que se debe velar por la confidencialidad y el secreto médico durante todo el proceso de atención y con posterioridad.

### Artículo 18 modificadorio del artículo 88 del Código Penal

El artículo 18 modifica el artículo 88, el cual se relaciona con la criminalización de la mujer. En la anterior redacción la mujer que causare su propio aborto, o consintiere en que otro lo causare, podía ser penada con uno a cuatro años de prisión. La nueva redacción disminuye radicalmente la pena, de tres (3) meses a un (1) año, para la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación, siempre que no mediaran las causales que propone el reformado artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare.

Al final agrega una oración por demás interesante; *“Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieran excusable la conducta”*. A nivel dogmático esta frase puede adentrarnos en causales de exculpación; es decir que, en un nivel analítico en el estrato de la culpabilidad, bien podría, en base a las circunstancias particulares del caso, reducirse el reproche al autor del hecho reduciendo la pena e incluso no aplicando castigo alguno.

En ambas redacciones la tentativa de la persona no es punible.

### Proyectos de reformas integrales al Código Penal

En el año 2012 se creó por Decreto 678/2012 la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma para la actualización e integración del Código Penal de la Nación. La comisión fue presidida por E. Raúl Zaffaroni. En el anteproyecto que finalmente no prosperó se preveía como algo novedoso el llamado aborto culposo, tanto para un tercero que lo causare como asimismo para la propia mujer. A la vez, en lo que tiene que ver con quien realizare la práctica sin consentimiento de la persona gestante, la pena tenía un máximo de cuatro (4) años. Sostenía la idea de que el aborto no punible era válido siempre que, en caso de evitarse un peligro para la vida o salud de la madre, no hubiera podido ser evitado por otros medios.

Nuevamente en el año 2019, bajo otra comisión redactora, el Poder Ejecutivo presentó un nuevo proyecto de Código Penal. Presidido por Mariano Borinsky, el proyecto que tampoco tuvo éxito legislativo, sostenía el aborto culposo, agregando una eximente de pena en lo que tiene que ver con la mujer que practicare su propio aborto, otorgándole al juez o jueza la posibilidad de dejar en suspenso o eximir de pena considerando los motivos que impulsaron a cometer el hecho, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y demás circunstancias.

## A modo de cierre

No resulta posible el disimulo por el contenido con la sanción de la normativa entendiendo la subsistencia de la necesidad de una modificación integral en la normativa penal permitiendo una mejor y mayor congruencia normativa por un lado, a la vez de poder quitarle de manera paulatina el sesgo misógino característico en algunos delitos que terminan por criminalizar al género femenino, como por ejemplo los delitos de comisión por omisión donde se conoce el conocido ejemplo de las “malas madres”<sup>5</sup>, o incluso no aplicar determinadas causales de justificación para absolver a las personas ante determinados hechos cometidos, como es el caso de la legítima defensa<sup>6</sup> la cual no siempre es aplicada en los casos en que la victimaria resulta víctima de violencia de género y ese factor es el motivante para cometer el ilícito.

---

<sup>5</sup> Se conoce como “mala madre” en el Derecho Penal a aquellas mujeres que fueron imputadas por delitos de omisión en tanto no cumplieron con su supuesto y construido rol de madres y, ante la lesión o pérdida de vida de sus hijos/as en muchas ocasiones se responsabiliza a la progenitora cuando incluso el niño o la niña se hallaba al cuidado de otra persona como figura de garante.

<sup>6</sup> La legítima defensa como causa de justificación establece determinados requisitos los cuales si no se realiza un análisis judicial con perspectiva de género pueden no aplicarse al caso concreto. Un ejemplo exponencial tiene que ver con el uso doctrinario del término “inminencia” como requisito para que el ataque ilegítimo sea posible de repeler. La doctrina ya ha dicho que “inminencia” no es sinónimo de “inmediatez” en el tiempo cronológico entre agresión y defensa (Zaffaroni, Alagia, Slokar; 487; 2006).