

Aborto e interrupción voluntaria del embarazo

Noemí Rempel¹

SUMARIO: I.- Definición. Concepto médico y concepto jurídico; II.- Bien jurídico tutelado; III.- Presupuestos materiales del tipo; IV.- Sujeto pasivo del delito de aborto; V.- Aborto art. 85 CP. Algunas consideraciones adicionales sobre los bienes jurídicos protegidos o ante cuya afectación el ordenamiento penal reacciona; VI.- Artículo 85 inciso 1 CP; VII.- Artículo 85 inciso 2 CP; VIII.- Artículo 85 bis CP. Sujeto activo; IX.- Artículo 86 del CP; X.- Interrupción voluntaria de la gestación; XI.-Abortos justificados; XII.- Aborto preterintencional; XIII.-El autoaborto y el aborto consentido; XIV.- Resumen; XV.- Palabras finales.

El delito de aborto se ha visto impactado por la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo que ha producido cambios significativos en su regulación.

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

¹ Con la colaboración de Natalia Hirschhorn y Marcela Micolaichuk

La vida del feto es un bien valioso que encuentra reconocimiento constitucional y convencional. La libertad de la persona gestante también es un bien valioso que cuenta con el mismo nivel de protección. Cuando ambos bienes jurídicos son armónicos, ambos encuentran amparo legal, reprimiéndose penalmente su afectación. El conflicto se presenta cuando estos dos calificados bienes no concurren: mientras el feto quiere vivir -y se presume que el feto siempre quiere vivir- la persona gestante no quiere estar embarazada; el bien jurídico vida del feto y el bien jurídico libertad de la persona gestante colisionan. El ordenamiento jurídico no tiene establecido a priori un método de resolución de este tipo de conflictos, por lo que se impone la ponderación como forma de preferir un derecho fundamental por sobre otro cuando principios constitucionales con igual rango se enfrentan. En la base de esta ponderación está la proporcionalidad que implica establecer una preferencia referida al caso concreto y no como respuesta válida a todo supuesto.

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

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

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

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

Desde su sanción en 1921 el Código Penal Argentino se decantó por el sistema de condiciones o indicaciones, incluyendo dos causales de no punibilidad: la indicación terapéutica y la condición sentimental. Fue preciso que transcurriera prácticamente un siglo para que, además de los supuestos de no punibilidad vigentes en el sistema normativo, se incorporara al derecho positivo la legalización de la práctica, con una activa participación del Estado, coexistiendo hoy tres estamentos diferentes en la consideración de la problemática del aborto: supuestos de interrupción legal, supuestos de abortos punibles y supuestos de abortos no punibles. El abordaje de la problemática del aborto y de la interrupción voluntaria de la gestación excede ampliamente el marco exclusivamente jurídico, está atravesado por cuestiones médicas, de salud pública, éticas, morales, religiosas, historias de vida que condicionan las convicciones personales más allá del texto legal. Así como nadie que condene la práctica va a interrumpir su gestación sólo porque sea legal, seguramente nadie que haya tomado la decisión de terminar su embarazo deje de hacerlo por su prohibición. Y será aquí, en la obligada clandestinidad, donde aparecerán las enormes diferencias generadas por las desigualdades socioeconómicas de las personas gestantes cuyos cuidados y riesgos dependerán de la capacidad económica para concretar su decisión.

La legalización elimina las desigualdades al permitir el acceso a la ILE a través de todos los sistemas y subsistemas de salud, dándole a la práctica, mediante su gratuidad, las mismas condiciones de seguridad sanitaria, cualquiera sea la clase socioeconómica de la persona gestante. Así, la interrupción voluntaria del embarazo se transforma en una política de salud pública, respetuosa de la noción de salud en general y de salud sexual y reproductiva en particular, reconocida por la Organización Mundial de la Salud en concordancia con los derechos humanos garantizados en los instrumentos internacionales reconocidos en la Constitución Nacional por mandato del artículo 75 inciso 22.

El articulado de la norma en estudio honra los mandatos de los órganos de seguimiento de esos Tratados que integran el bloque de constitucionalidad, continuando el camino iniciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente conocido como “F.A.L.”².

I.- Definición. Concepto médico y concepto jurídico

El delito de aborto se encuentra tipificado en el primer capítulo del primer título del segundo libro del Código Penal, bajo la rúbrica “Delitos contra la vida”. Este capítulo contenido en el título “Delitos contra las personas” incluye aquellas conductas que desembocan en la muerte del sujeto pasivo, única forma posible de afectar el bien jurídico cuya protección se pretende. Los delitos en él contenidos, además del ilícito en análisis, son las diferentes formas de homicidio³ y la instigación y ayuda al suicidio⁴.

Pero a diferencia de su compañero de capítulo, el delito de aborto no encuentra en el texto legal una descripción de la conducta típica. En efecto, el delito de homicidio no castiga al que “*homicidiare*” sino al que “*matare a otro*”, de la misma manera que el hurto no reprime al que “*hurtare*” sino a quien se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena o el delito de lesión no consiste en “*lesionar*” sino en causar “*un daño en el cuerpo o en la salud*”. Sin embargo, cuando en los artículos 85 a 88 se incriminan las conductas vinculadas al aborto, en ninguno de ellos se propone una fórmula para señalar el pragma conflictivo cuya acción se amenaza con pena⁵, sino que se hace referencia al que “*causare un aborto*”⁶, “*practicar un aborto*”⁷ y “*causare su propio aborto*”⁸.

Es posible que la falta de descripción de la conducta provenga de la circunstancia que la voz “aborto” ha sido tomada por la ciencia jurídica de otra

² CSJN, Fallos: 335:197, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

³ El homicidio simple (artículo 79), sus formas calificadas por agravación (artículo 80), su calificación por atenuación (artículo 81, inc. 1°); el homicidio preterintencional (artículo 81, inc. b) la concurrencia de circunstancias calificadoras por agravación y por atenuación (artículo 82) y el homicidio culposo (artículo 84).

⁴ Art. 83, Código Penal.

⁵ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002), 1ª ed., 2000, pág. 412.

⁶ Art. 85, Código Penal y 87, Código Penal.

⁷ Art. 85 bis, Código Penal.

⁸ Art. 88, Código Penal.

disciplina, la ciencia médica, considerando entonces, que la definición debería corresponder a la materia original.

La voz “aborto”⁹ deriva de la raíz latina “*ab ortus*” cuyo significado, “privación de nacimiento”¹⁰ o “parto sin nacimiento”¹¹, acentúa la idea de la vida iniciada y aniquilada prematuramente, aunque sin expresar con completa exactitud la acción y el efecto de la interrupción del proceso reproductivo del embarazo antes del término normal de la gestación y con las consiguientes consecuencias eliminatorias. Sin embargo, resulta más explicativa que en otras lenguas, la alemana, por ejemplo, donde los términos “abortar” y “aborto” se expresan con las voces “*abtreiben*” y “*abtreibung*” las que denotan meramente la acción de “extraer” o “extracción”, por lo que en el Código alemán resulta ineludible la mención expresa del acto de matar con el fin de evitar la confusión del aborto en sentido penal con la expulsión de fetos muertos o con partos provocados prematuramente, pero con vida subsiguiente.

El origen terminológico ya permite vislumbrar que el término “aborto” tiene una significación diferente en sentido obstétrico al que tiene en sentido jurídico.

El aborto obstétrico puede ser definido conforme Nerio Rojas¹², como “*la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para el feto que se expelle*”¹³. Para el médico, la relevancia se centra en la mera expulsión prematura del ser en gestación, sin que resulten trascendentes los acontecimientos posteriores, en el caso, la muerte o no del feto expelido. Reproduce estos conceptos la definición formulada por Tardieu en su obra *Etude médico-légale sur l'avortement*¹⁴ quien lo considera “*la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las*

⁹ Las ideas que se desarrollan en este capítulo han sido originalmente volcadas en el artículo “Aborto Concepto e historia”, *Lecciones y Ensayos*, t. I, Segunda Época, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, diciembre 1981, págs. 60/66.

¹⁰ Antonio Quintano Ripolles, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Revista de Derecho. Privado, Madrid, 1962, t. I, pág. 475.

¹¹ Constancio Bernaldo de Quirós, *Derecho Penal. Parte Especial*, José María Cajica Jr., México, 1957, pág. 83.

¹² Nerio Rojas, *Medicina Legal*, 11ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1976, pág. 186.

¹³ En cambio, define el médico-legal como “*la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto, fuera de las excepciones legales*”.

¹⁴ Citado por Eugenio Cuello Calón, *Cuestiones penales relativas al aborto*, Librería Bosch, Barcelona, 1931, pág. 62.

circunstancias de edad, viabilidad y aún de formación regular". Patitó¹⁵, citando a Williams en su *Tratado de Obstetricia*¹⁵, explica que se define aborto como "la extracción o expulsión de un feto o un embrión del útero durante la primera mitad de la gestación (veinte semanas más o menos) que pese menos de 500 g o que mida menos de 25 cm"; mientras que en nuestro medio en la propuesta normativa perinatal del Ministerio de Salud y Acción Social (1993), el aborto es definido como "la expulsión de un feto o embrión que pesa menos de 500 gramos (edad gestacional aproximada de hasta 20-22 semanas completas o de 140 a 154 días completos), o cualquier otro producto de la gestación de cualquier peso o designación específica (ej. mola hidatiforme) independientemente de la edad gestacional, tenga o no evidencia de vida y sea o no el aborto espontáneo o inducido".

En sentido jurídico penal, en cambio, toda definición deberá poner el acento en la *muerte del feto*, conteniendo la noción de muerte, destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción, única manera de lesionar el bien jurídico que a través de esta figura se pretende tutelar.

Los autores, de manera casi unánime, enfocan la necesidad de buscar fuera del Código una definición adecuada, atribuyendo importancia a la diferenciación entre los criterios médicos y jurídicos. Con la claridad que caracteriza su pluma, Aguirre Obarrio, en la actualización de *Los delitos*, de Molinario, incluye una nota que explica que "el verbo latino *oriri* significa nacer, levantarse (y de ahí derivan origen y oriundo, por ejemplo). Si se agrega la partícula privativa *ab*, resulta *aboriri*, cuyo significado es perecer, abortar. De *aboriri* viene *abortare*. Según Corominas-Pascual, de donde tomamos la referencia, el verbo *abortar* llegó al castellano allá por el siglo XII, pero el sustantivo *aborto* demoró cuatro más"¹⁶. Y continúa explicando¹⁷ que según la Real Academia *abortar* significa "interrumpir la hembra de forma natural o provocada el desarrollo del feto durante el embarazo", para finalizar afirmando que "la referencia a 'interrumpir' el embarazo es un giro idiomático que ha hecho carrera y los penalistas repiten. Pero en realidad corresponde sustituirla por matar al feto, a la persona por nacer, la persona en gestación. Aunque más no sea porque la gestación se puede interrumpir y el feto nacer"¹⁸. Con cita en el gran maestro Aguirre Obarrio, D'Alessio sostiene que "jurídicamente se entiende que el aborto consiste

¹⁵ José Angel Patitó, *Manual de Medicina Legal*, Akadia, Buenos Aires, 2000, pág. 185 20ª edición.

¹⁶ Alfredo Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1996, t. I., nota en pág. 201.

¹⁷ Alfredo Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1996, t. I., pág. 201.

¹⁸ Alfredo Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1996, t. I., pág. 202.

en matar al feto (...) no es correcto, por ende, interpretar que el aborto es la interrupción del embarazo... ”¹⁹.

Fontán Balestra remarca que *“la mayoría de los códigos no mantienen para la previsión del aborto la técnica general consistente en describir la acción típica, sino que se limita a fijar pena para el aborto quedando librada la interpretación de lo que el aborto es a la doctrina y la jurisprudencia ... La materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción (...) el delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal...”²⁰*, acentuando la importancia de la muerte como eje central de la definición jurídica.

Idéntico criterio se descubre en Buompadre, quien sostiene que *“el Código Penal no define el aborto, solo se ha limitado a clasificar en distintas figuras tipos descriptivos de conductas destructoras de la vida humana en formación. La noción ha quedado librada a la doctrina y jurisprudencia (...) Etimológicamente la palabra ‘aborto’ proviene del latín abortus o ab orsus (de aborior) que significa ‘opuesto a nacer’”. Sin embargo, incorpora una visión novedosa al momento de considerar los diferentes criterios que se pueden evaluar para definir la acción agregando, además de los sentidos jurídicos y médicos, la perspectiva vulgar, definiéndola como la que significa “parir antes de que el feto pueda vivir”, en contraposición al sentido médico, “expulsión violenta del feto, sea en forma natural o provocada, antes de los seis meses de la gestación”, y la definición jurídica que diseña como “la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo”²¹.*

Laje Anaya sostiene que aunque *“el Código no define el delito (...) no por eso está exento de ser conceptualizado”* distinguiendo que *“en la medicina el punto queda resuelto con decir que el aborto consiste en la expulsión del producto de la concepción provocada en forma prematura (...) [en tanto] desde el punto de vista dogmático y como delito contra la vida, el aborto mira a la muerte causada al feto, por interrupción prematura del proceso, exista o no expulsión del seno materno...”²².*

¹⁹ Andres José D’Alessio, *Código Penal. Comentado y Anotado*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, pág. 40.

²⁰ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. IV, pág. 225.

²¹ Jorge E. Buompadre, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, págs.. 191/192.

²² Justo Laje Anaya, *El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pág. 54.

Maañón y Basile innovan al introducir un plazo como elemento diferenciador entre los conceptos obstétrico y medicolegal al proclamar que “*el concepto obstétrico es la interrupción de la gestación con muerte del producto de la concepción antes de los ciento ochenta días de embarazo (...) el concepto médico legal [es] la interrupción provocada y antijurídica del embarazo –dolosa, culposa o preterintencional– con muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de éste*”²³.

Terragni asegura que, al no estar definida la acción, el Código “*refiere a ella solamente por sus consecuencias: causar un aborto*”²⁴, citando a Carrara para afirmar que “*el delito consiste en dar muerte al feto, lo que no es necesario que ocurra en el seno materno, sino que puede ser expulsado con vida y morir como consecuencia de esa expulsión prematura*”²⁵.

Carrara²⁶ llamaba a este delito feticidio, definiéndolo como “*la muerte dolosa del feto dentro del útero o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado su muerte*”.

La doble consideración de Carrara es tomada en cuenta por Soler para sostener que “*toda acción destructiva de la vida, anterior al (...) comienzo del parto es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura*”, y especifica que será tal “*la destrucción de un feto sea que ello tenga lugar en el seno materno por acción directa o indirectamente ejercida sobre aquel o que se produzca después de la expulsión pero como consecuencia de lo prematuro de esta*”²⁷.

Núñez aclara y amplía la posición de Soler al explicar que “*el Anteproyecto Soler apartándose de nuestra tradicional formula legislativa y siguiendo al código alemán se refiere ‘a la muerte de un feto en el seno materno o mediante aborto’. El primer caso no ofrece ninguna dificultad. Cualquiera que sea el grado de desarrollo del feto su muerte en el seno materno es aborto. No es tan claro el caso de la muerte del feto mediante el procedimiento del aborto (...) pero en tanto que el nacimiento implica que la mujer pare en tiempo oportuno para que su fruto pueda vivir fuera de su seno y mediante un proceso natural o artificialmente destinado a esto; el aborto significa o hacer que la mujer pare antes de que el feto esté en esas condiciones de manera*

²³ Ernesto García Maañón y Alejandro Antonio Basile, *Aborto e Infanticidio. Aspectos Jurídicos y médicos legales*, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1990, págs. 212/213.

²⁴ Marco Antonio Terragni, *Delitos contra las personas*, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pág. 439.

²⁵ Marco Antonio Terragni, *Delitos contra las personas*, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pág.

²⁶ Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1945

²⁷ Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino*, 4a ed., TEA, Buenos Aires, 1992, t. III, pág. 97.

*que la sola expulsión produzca la muerte o significa hacer que la mujer para en cualquier momento pero mediante un proceso tendiente a matar al feto*²⁸.

Donna sostiene que el “concepto legal de aborto (...)atiende en su materialidad a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente”²⁹, mientras que Larrandart³⁰ afirma que “desde el punto de vista médico se considera aborto la interrupción del embarazo hasta el final de la 19° semana de gestación, de la 20° a la 28° semana se clasifica como parto inmaduro y a partir de la 28° semana como parto prematuro (...) desde el ámbito dogmático y como delito contra la vida, el aborto mira a la muerte causada al feto por interrupción prematura del proceso, exista o no expulsión del seno materno”.

Breglia Arias³¹ y Gauna al enumerar los elementos integrantes del delito sostienen que “se consuma el aborto matando al feto, ya sea matándolo intrauterinamente o mediante la expulsión seguida inmediatamente y a consecuencia de ella...”.

Se apartan de la definición tradicional Buján y De Langhe³² al conceptualizar el aborto como la “interrupción del embarazo que tiene como consecuencia la destrucción del embrión o feto, ocurrida con posterioridad a los catorce días desde el momento de la unión de los gametos, desde cuando el nasciturus debería gozar de la total protección del derecho penal (...) Será pre-embrión o sustancia embrionaria humana el material embrionario evolutivo que se desarrolla entre el período de tiempo que va desde la unión de los gametos o sea la penetración del espermatozoide en el óvulo y los catorce días de evolución donde aparecen los primeros signos de formación de la cresta o surco neural central. En tanto, será embrión el nasciturus que evoluciona desde los catorce días y hasta los cuarenta y dos días y feto el material embrionario evolucionado desde el día cuarenta y dos hasta el nacimiento”. La particularidad de la tesis reside en incluir en ella las características que debe poseer la persona por nacer para comenzar a ser sujeto pasivo, haciendo una toma de posición no tradicional entre nuestros autores al fijar el momento del inicio de la protección con la formación de la cresta neural o vena primigenia, evento que se produce aproximadamente a los

²⁸ Ricardo Nuñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, actualizada por Víctor F. Reinaldi, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, t. III, págs. 161/164.

²⁹ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, pág. 180.

³⁰ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002), 1ª ed., 2000, pág. 803.

³¹ Omar Breglia Arias y Gauna Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, t. I.

³² Javier Buján y Marcela V. De Langhe, *Tratado de los delitos*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2004), t. I.

catorce días contados desde la fecundación y que es la posición seguida por algunas legislaciones comparadas como la del Reino Unido.

Es posible encontrar en la doctrina extranjera definiciones similares a las delineadas por la doctrina nacional. Irureta Goyena³³ llamó aborto a “*la interrupción maliciosa del proceso fisiológico de la preñez (...) La preñez existe desde el momento de la fecundación hasta el del alumbramiento y la fecundación desde que el germen macho y el germen hembra se confunden...*”, al tiempo que criticó la denominación que Carrara le dio al delito –feticidio– pues deja fuera las acciones sobre el embrión³⁴. Aguirre Obarrio³⁵ sostuvo que “*bastaba con atribuirle a ‘feto’ un significado jurídico diferente del médico para solucionar el asunto*”. En Venezuela, Tamayo Rodríguez lo definió como “*interrupción del embarazo en cualquier momento de su evolución*”³⁶, y el español Quintano Ripollés caracterizó este delito como la “*muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, bien cuando se le priva de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, bien cuando se llega al mismo fin con el empleo de medios que provocan la expulsión prematura hasta conseguir muera al exterior por falta de condiciones de viabilidad*”³⁷.

En conclusión, la definición jurídica de aborto se construirá sobre la base de la muerte del producto de la concepción, siendo preciso abordar el bien jurídico que este delito tutela, sus presupuestos materiales y la determinación de las calidades del sujeto pasivo para poder completarla íntegramente.

II.- Bien jurídico tutelado

A diferencia de lo que acontecía en la antigüedad, cuando el fundamento de punibilidad del aborto se cimentó, según los tiempos, en la afectación de la integridad física de la madre, en los derechos de la familia, en la patria potestad del padre, en la estirpe y hasta en el derecho del Estado a proteger la población, modernamente no se cuestiona que el bien que se protege a través del reproche del delito de aborto es la vida del feto.

³³ Autor del Código Penal Uruguayo aprobado en diciembre de 1933.

³⁴ José Irureta Goyena, *Obras Completas. Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Buenos Aires, 1932, t. V, págs. 8/10.

³⁵ En nota manuscrita inserta en el libro a continuación de la crítica del autor.

³⁶ JoseLuiz Tamayo Rodríguez, *El aborto. Su problemática. Razones jurídicas y fácticas que imponen su despenalización*, Thamer, C.A., Caracas, Venezuela, 2005, pág. 22.

³⁷ Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, t. I, pág. 608.

La doctrina reconoce de manera prácticamente uniforme a la vida del producto de la concepción como el bien tutelado por este delito³⁸, más allá de sutiles diferencias, entre ellas, la inclusión de otros valores juntamente con la vida del nasciturus.

Integran el listado de los autores que identifican más de un bien jurídico Molinario/Aguirre Obarrio³⁹ (“*Para nuestra legislación (...) el interés prevalente agredido, es la vida del niño y el riesgo que significa para la vida de la madre su realización*”) y Terragni⁴⁰ (“*Sostener que el bien jurídico protegido es la vida del feto no significa desconocer que en el aborto no consentido por la mujer está afectado su derecho a llevar adelante la maternidad*”). En tanto, la mayoría de la doctrina siguiendo al maestro Carrara⁴¹ (“*La vida extinguida era una esperanza más que una certeza*”) y con terminología diversa, identifica un único valor como fundamento de punibilidad, entre ellos Fontán Balestra⁴² (“*El objeto de la protección penal es la vida del feto, ser concebido pero no nacido: una esperanza de vida humana que se convertirá en tal al terminar el proceso de la gestación y comenzar el nacimiento (...) la ley tutela (...) la vida del feto, independientemente de la de la madre*”), Breglia Arias/Gauna⁴³ (“*El bien jurídico tutelado en el delito de aborto es la vida del feto, o más propiamente hablando, del producto de la concepción*”), Laje Anaya⁴⁴ (“*La vida del feto es el único bien protegido*”), Núñez⁴⁵ (“*La vida del feto ha sido y es el bien resguardado (...) cualquiera sea el título a que se discierna la protección, el objeto esencial de esta es siempre la vida del feto*”), Creus⁴⁶ (“*Lo que se protege es la vida del feto*”), Donna⁴⁷ (“*En la ley argentina es la*

³⁸ Se verá al analizar el artículo 85 bis del CP que ese es el único de los delitos previstos en esta parte que no incluye entre sus bienes jurídicos a la vida del feto, sino que refiere exclusivamente a la libertad, proyecto de vida o autodeterminación de la persona gestante

³⁹ Alfredo Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1996, t. I, pág. 207: ‘Para nuestra legislación (...) el interés prevalente agredido, es la vida del niño y el riesgo que significa para la vida de la madre su realización’.

⁴⁰ Marco Antonio Terragni, *Delitos contra las personas*, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, págs. 440/42.

⁴¹ Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1945, pág. 787.

⁴² Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. IV, pág. 217.

⁴³ Omar Breglia Arias y Gauna Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, t. I, pág. 872.

⁴⁴ Justo Laje Anaya, *El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pág. 299.

⁴⁵ Ricardo Núñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, actualizada por Victor F. Reinaldi, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, t. III, pág. 160.

⁴⁶ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I.

vida del feto”) y Bujan/De Langhe⁴⁸ (“El bien jurídico protegido por la norma es la vida del nasciturus que se halla en el seno materno”)

III.- Presupuestos materiales del tipo

Mientras algunos autores se refieren a los presupuestos indispensables para la existencia del delito de aborto (Núñez⁴⁹: “Son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto. Requisitos materiales: debe existir un feto y la muerte del feto”; Fontán Balestra⁵⁰: “Supone un presupuesto: la existencia de feto vivo e impone una limitación: que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer (...) no es indispensable que la muerte se produzca dentro del seno materno, puede ser el feto expulsado con vida y morir, sin mediar hecho alguno posterior como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto”, Laje Anaya⁵¹: “Presupuestos del delito: embarazo y vida de la persona por nacer”), otros reseñan los elementos constitutivos de la figura (Carrara⁵²: “Son elementos constitutivos del tipo: la preñez, el dolo, los medios violentos y la muerte subsiguiente del feto”; D’Alessio⁵³: “Las figuras de aborto requieren tres elementos que les son comunes 1] mujer embarazada, 2] feto vivo en el momento de la acción, 3] que la muerte de este se produzca debido a esa acción”; Molinario-Aguirre Obarrio⁵⁴: “El delito de aborto supone entre sus elementos: 1º una mujer embarazada. Esta es la conditio sine qua non un presupuesto para que exista este delito [...] 2º la acción de matar al feto, o interrupción del proceso de gestación [...] 3º el dolo directo de matar al feto”; Buompadre⁵⁵: “Elementos comunes a los tipos de aborto: Tipo objetivo: se consideran diversos presupuesto: 1] Estado de embarazo o preñez. Según la OMS y la

⁴⁷ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, pág. 181.

⁴⁸ Javier Buján y Marcela V. De Langhe, *Tratado de los delitos*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. “El bien jurídico protegido por la norma es la vida del nasciturus que se halla en el seno materno”.

⁴⁹ Ricardo C. Nuñez, *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, t. III, pág. 161.

⁵⁰ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, (Buenos Aires, 1990), t. IV, pág. 226

⁵¹ Justo Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, pág. 315.

⁵² Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1945, pág. 340.

⁵³ Andres José D’Alessio, *Código Penal. Comentado y Anotado*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, pág. 40.

⁵⁴ Alfredo Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1996, t. I, págs. 207/08)

⁵⁵ Jorge E. Buompadre, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, págs. 202/3/4.

Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, “el embarazo es la etapa del proceso reproductivo durante el cual el cuerpo de la madre y el nuevo individuo en desarrollo se interrelaciona, es decir, la fase iniciada con la implantación y terminada cuando se produce un aborto o un nacimiento; 2] Vida del feto; 3] Muerte del feto. Quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrucción del objeto material del delito”; Creus⁵⁶: “Todas esas figuras [de aborto] requieren un conjunto de elementos que les son comunes: la existencia de un embarazo en la mujer; que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente y que su muerte se haya debido a esta acción”, Donna⁵⁷: “Dos presupuestos básicos: existencia de un embarazo en la mujer y que el feto esté vivo”, Buján y De Langhe⁵⁸: “Dos elementos fundamentales: el embarazo de la mujer y la existencia de un feto con vida”), o bien puntualizan ambos (Núñez⁵⁹: “Son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto. Requisitos materiales: debe existir un feto y la muerte del feto”, Breglia Arias⁶⁰: “a] Presupuestos materiales del delito. Son la gravidez de la mujer y la existencia de un feto vivo, Elementos integrantes del delito. Son a] la muerte del feto; b] el acto de provocación y c] la exclusión de las excepciones legales”); pero todos ellos, con diferente terminología y matices apuntan a cuestiones esenciales sin las cuales este delito no sería tal. También la jurisprudencia se ha ocupado del tema⁶¹.

Así, serán presupuestos o condiciones indispensables para la existencia del delito de aborto la presencia de mujer embarazada, la existencia de feto vivo, la muerte del feto y la intención de matar.

⁵⁶ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, pág. 53.

⁵⁷ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, págs. 186/87.

⁵⁸ Javier Buján y Marcela V. De Langhe, *Tratado de los delitos*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2004, t. I, pág. 423

⁵⁹ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, t. III, pág. 161.

⁶⁰ Omar Breglia Arias y Gauna Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, t. I.

⁶¹ Así, el académico, y claro Voto del doctor Julio Maier en el Expte. N° 715/00 “T., S c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (artículo 14, CCBA)”. En primer lugar, es indispensable la existencia de un feto vivo. En segundo lugar, resulta necesario que la acción signifique una *interrupción del embarazo*. El tercer elemento, consiste en el *resultado de muerte* del feto.

IV.- Sujeto pasivo del delito de aborto

A. Momento de inicio de la protección penal

Como se ha dicho, no es función del derecho definir el inicio ni el fin de la vida. Será cometido de otras disciplinas –biología, medicina, filosofía entre otras– dar respuesta a tan central interrogante. Al derecho en general, y al derecho penal en particular, le compete delimitar el momento del inicio de la protección jurídico-penal, con independencia de si ese momento coincide o no con el del inicio de la vida. El derecho fija límites, los que son, naturalmente arbitrarios⁶².

Como se explicitara más arriba, existen diferentes momentos relevantes en la evolución del ser humano que han sido tomados por el derecho para indicar el inicio de la protección jurídica. Se trata de una de las cuestiones más conflictivas por los efectos jurídicos que la toma de posición acarrea. Las posturas más difundidas la sitúan en el momento de la fecundación, de singamia o en el de la anidación, aunque en el derecho comparado es posible encontrar otro límite coincidente con el periodo de formación de la cresta neural⁶³.

Los autores clásicos no abordaron la cuestión pues el origen del conflicto es relativamente moderno⁶⁴, y aquellos que plantearon la materia se limitaron a situar la posibilidad de ser sujeto pasivo del delito de aborto a partir de la concepción, dándole a esta palabra el alcance que tradicionalmente le atribuyó el derecho civil⁶⁵ de unión del óvulo y el espermatozoide. Fontán Balestra⁶⁶ omite toda mención al tema, asegurando que *“el periodo durante el cual el aborto puede cometerse se extiende hasta el momento en que comienza el nacimiento que es el que separa el aborto del homicidio o infanticidio en la ley argentina”*. Núñez⁶⁷ afirma que *“existe un feto desde la*

⁶² Por ejemplo, la mayoría de edad, o la edad para consentir las relaciones sexuales son fijados por las normas y por otra norma pueden ser modificados. La mayoría de edad fijada en 21 años fue reducida a 18 años. La edad para consentir las relaciones sexuales fijada en 1921 en 12 años fue elevada en 1999 a 13 años.

⁶³ Existen varias teorías científicas sobre el comienzo de la vida humana: teoría de la fecundación, de la singamia, de la implantación o anidación, de la formación de la vena primigenia y del funcionamiento del sistema nervioso central.

⁶⁴ Se instala a mediados del siglo XX con la discusión sobre la despenalización del aborto, continúa con determinados métodos anticonceptivos tales como los dispositivos intrauterinos y se reactualiza con las técnicas de reproducción asistida extracorpóreas.

⁶⁵ Por lo menos en la consideración del Código Civil de Vélez Sarsfield.

⁶⁶ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. IV, pág. 228

⁶⁷ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, t. III, pág. 163.

concepción del nuevo ser en el seno materno y no solo desde que pasa al período embrionario que dura hasta fines del tercer mes". Laje Anaya⁶⁸, cuando describe el elemento estado de preñez o embarazo agrega que *"esta nota determina la presencia del feto que existe desde que el semen viril fecunda el óvulo femenino"*.

Esta ha sido la postura sentada en algunos fallos judiciales. La CSJN en autos "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo"⁶⁹, en sentencia del 5 de marzo de 2002 sostuvo que para resolver el pedido de la actora de revocar la autorización y prohibir la fabricación y comercialización de IMEDIAT, por ser una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación "anticoncepción de emergencia", era necesario precisar si la concepción se producía con la fecundación o si, por el contrario, se requería la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, concluyendo que ante el *"carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación (...) todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo"*⁷⁰.

Absolutamente opuesta a esta solución es la brindada, mayoritariamente, por el espectro internacional, tanto legal como jurisprudencialmente, pudiendo resumirse en la postura asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en autos "Evans c. Reino Unido"⁷¹, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica"⁷² desconociendo derechos al embrión crioconservado con anterioridad a su transferencia para implantación. En nuestro medio, un dictamen de la Defensora General de la Nación⁷³ se ubica en esta interpretación al sostener que *"aun en el caso de sostenerse que el sólo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona –en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta–, no es posible aseverar sin más que debe*

⁶⁸ Justo Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, pág. 54.

⁶⁹ "Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", P 709. XXXVI, 5-3-2002, CSJN, *Fallos*, 325:292

⁷⁰ El resaltado nos pertenece.

⁷¹ "Evans c. Reino Unido", Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), 7/3/2006, demanda núm. 6339/2005.

⁷² Que por su trascendencia se desarrolla a continuación

⁷³ Dictamen del 15/7/2014 en los autos: "García Yanina Soledad c. OSDE s/prestaciones médicas" (expte. FSM 433812013), inédito, tomado del artículo de las doctoras Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, *Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores*, *La Ley*, 14/10/2014.

otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente”.

Algunos autores omiten fijar posición limitándose a describir las diferentes alternativas. En este escenario se ubica D’Alessio⁷⁴, quien evita expedirse y circunscribe la cuestión refiriendo las dos posibles posiciones (fecundación y nidación), afirmando que en apoyo de la primera se ubica el fallo de la CSJN “Portal de Belén”⁷⁵. Tampoco descubre su enfoque la doctora Larrandart⁷⁶, quien efectúa un minucioso estudio de la cuestión citando diversos autores y acudiendo a conceptos médicos para indicar como momentos evolutivos la fusión de los gametos, la segmentación, la implantación en el endometrio y la aparición de la corteza cerebral, concluyendo que con relación a cuál sea la etapa de la gestación en la que se pueden efectuar las maniobras que den lugar al comienzo de ejecución del delito de aborto hay dos opiniones predominantes: a) cuando el óvulo es fecundado tanto dentro del claustro materno como fuera de éste (*in vitro*) que se asienta en posiciones biológicas sustentadas en que el óvulo fecundado es portador de todo el material genético y tiene capacidad de desdoblamiento y reproducción, b) o cuando se produce la anidación del óvulo fecundado (Maurach, Welzel, Bustos Ramírez)⁷⁷ y que toma en consideración aspectos biológicos-normativos, mencionando una tercera opinión: la del plazo de tres meses (Muñoz Conde)⁷⁸ afirmando que se trata de una posición eminentemente normativa.

Al presente algunos doctrinarios justifican con diferentes argumentos el corrimiento del momento del inicio de la protección penal al proceso de anidación, tal es la postura de Breglia Arias⁷⁹: “*Actualmente la opinión prevaleciente en el campo del aborto es que su límite mínimo está fijado a partir de la amidación del óvulo en el útero de la madre*”.

⁷⁴ Andres José D’Alessio, *Código Penal. Comentado y Anotado*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004), t. II, pág. 41.

⁷⁵ “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, P 709. XXXVI; 5/3/2002, CSJN, *Fallos*, 325:292.

⁷⁶ David Baigún, Eugenio Zaffaroni y Lucila Larrandart, “Artículos 85/88”, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 201, t. III (artículos 79/96, Parte Especial), págs. 759/827.

⁷⁷ Ídem nota anterior.

⁷⁸ Ídem nota anterior.

⁷⁹ Omar Breglia Arias y Gauna Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, t. I, pág. 872.

En igual sentido es sumamente clara y accesible la explicación de Buompadre⁸⁰ cuando afirma que *“la problemática de la anidación surge como consecuencia de los avances de la moderna medicina (...) la opinión predominante en el desarrollo teórico europeo entiende que el límite mínimo del objeto material del delito de aborto está fijado a partir de la anidación del óvulo en el útero de la madre”*. Agrega que la fijación de la anidación como inicio del proceso de aborto *“significa una real y eficaz protección jurídico-penal de la persona por nacer (...) en tanto no se produzca la fijación del huevo fecundado en la matriz no podría afirmarse inequívocamente la existencia de un embarazo cuya interrupción sea abortiva. La protección penal antes de la anidación –como pone de relieve Roxin– se asentaría en gran parte en lo imaginario”*, finalizando que *“el Código Penal se ha decantado por la teoría de la anidación dado que los tipos de aborto previstos suponen una mujer embarazada, esto es, una mujer en cuyo útero se ha producido ya el fenómeno de la implantación de un embrión”*. Son contundentes en este mismo sentido las posturas de Terragni⁸¹ y de Donna⁸². El primero afirma que *“el producto de la concepción de una mujer se materializa cuando un óvulo fecundado por un espermatozoide se implanta o fija en el seno materno. Se puede producir el aborto desde entonces hasta el nacimiento”*, para ratificar poco después que *“la cuestión de cuándo se considera que existe feto ha dividido desde antiguo a la doctrina. Nosotros afirmamos que es desde el momento en que un óvulo fecundado por un espermatozoide queda implantado o fijado en el seno materno”*. Donna dogmatiza que *“el óvulo humano en el seno materno como capaz de desarrollo es un embrión que es protegido penalmente desde su nidación hasta el momento en que nace como ser humano (...) Maurach, Schroeder y Mainvald hacen notar que el feto recién toma su individualidad a partir de la anidación (...) esta es la posición correcta desde un punto de vista dogmático, habida cuenta de que se requiere que la madre esté embarazada y que el feto esté anidando en su vientre”*.

La legislación europea de manera mayoritaria y la jurisprudencia emanada de los Tribunales internacionales, tanto europeos (TEDH) como americanos (CIDH), abonan la perspectiva de la anidación, como surge, entre otros, de los ya mencionados precedentes “Evans c. Reino Unido” y “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”.

Con fecha 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo el fallo *“Artavia Murillo y otros (fertilización asistida) c. Costa Rica”*, que significó un verdadero punto de inflexión en la discusión sobre el

⁸⁰ Jorge E. Buompadre, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, págs. 192/193.

⁸¹ Marco Antonio Terragni, *Delitos contra las personas*, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, págs. 438/439.

⁸² Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, pág. 186.

momento de inicio de la protección del bien jurídico vida al arribar el Tribunal Internacional a la conclusión de que hay “*concepción*” recién desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el seno materno y que antes de este momento el embrión no es persona y –por lo tanto– no procede aplicarle la protección a la vida contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su importancia al provenir del Máximo Tribunal regional de derechos humanos corresponde analizar el alcance que los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en nuestro ordenamiento jurídico, en particular cuando nuestro país no es parte como acontece en este caso y si de ello se sigue la obligación de armonizar la legislación y la jurisprudencia interna a lo resuelto por el Tribunal Internacional.

La inclusión de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco de los instrumentos internacionales reconocidos en la Carta Magna (artículo 75, inciso 22, CN) le concede jerarquía supralegal y constitucional, obligando a nuestro país a ajustar la legislación interna y la jurisprudencia a sus prescripciones para evitar la responsabilidad internacional que su incumplimiento pudiera acarrear. La Corte Interamericana estableció que ella es la intérprete última de la Convención y que la obligatoriedad del Estado Parte no se limita a armonizar su derecho interno únicamente con la Convención sino también con la interpretación que la CIDH haga de ella⁸³ derivándose de ello que por ser el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y por tener por principal función la interpretación y aplicación de la Convención Americana sus interpretaciones deben ser consideradas con el mismo grado de eficacia que el texto mismo del Tratado⁸⁴.

⁸³ Ampliando la doctrina iniciada en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154; Apartado N° 124, la CIDH sostuvo en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225, “*Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana todos sus órganos, incluidos los jueces, también están sometidos a aquel (...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana evidentemente en el marco de sus respectivas competencias (...) deberán tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana*”.

⁸⁴ La interpretación no es unánime y excelentes constitucionalistas como la doctora María Angélica Gelli hacen una exégesis contraria. Ese fue el criterio seguido por los jueces Jorge

Esta es la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes en los que otorga a la Corte Interamericana el carácter de “intérprete auténtica” de la Convención⁸⁵, debiendo en consecuencia

Nanclares y Alejandro Pérez Hualde en la sentencia dictada el 30 de julio de 2014 por la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa “L., E.H. C/ O.S.E.P. p/acción de amparo p/apelación s/inc.”, con la disidencia del juez Omar Palermo (expediente 110.803), estableciendo que una obra social no puede ser obligada a cubrir una FIV con ICSI y diagnóstico genético preimplantatorio, apartándose la mayoría de la interpretación que la CIDH hace del embrión previo a la implantación. La sentencia ha sido apelada y todavía no se ha decidido si procederá la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del llamado “recurso extraordinario federal”.

⁸⁵Ver entre otros CSJN “Giroldi”, Fallos, 318:514; “Bramajo”, Fallos, 319:1840; “Espósito”, Fallos, 327:5668; “Simón”, Fallos, 328:2056; “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, Fallos, 330:3248, considerando 20), “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)’ lo cual importa ‘una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos’; ‘Espósito Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios’ (Fallos, 335:2333), 27/11/12, considerando 11) (...) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos (...) Se advirtió también en ‘Mazzeo’ que la CIDH ‘ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. Concluyó que ‘[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ (caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21). 12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almonacid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [‘Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos ‘Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia’ (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); ‘Gomes Lund y otros («Guerrilha do Raguaiá») vs. Brasil’ (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y ‘Cabrera a y Montiel Flores vs. México’ (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).

seguir su jurisprudencia de la que sólo será posible apartarse en circunstancias extremas. Ello así, los alcances de “Artavia Murillo” cobran una importancia intensa al tiempo de interpretar el momento de inicio de la protección jurídica de la vida debiendo situarla, según prescribe la CIDH a partir de la implantación o transferencia, sin que ello signifique que negar el carácter de persona a los embriones aún no transferidos implique que sean tratados como cosas o que carezcan de protección, la que deberá serles otorgada por una ley especial que regule la protección jurídica del embrión crioconservado; todo otra exégesis podría acarrear responsabilidad internacional al Estado argentino por apartarse del estándar creado por el tribunal regional.

Ahora bien, con la sanción de la ley 27.610, y la redacción por ella impuesta en los arts. 85, inc. 2, y 86 del CP, este inicio de la protección jurídico penal de la vida fijado en la concepción, con el alcance atribuido en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, esto es entendido como anidación, solo puede seguir sosteniéndose para el caso de los abortos en los que no haya mediado el consentimiento de la persona gestante, lo que equivale a afirmar que la novel redacción normativa determina dos momentos diferentes de inicio de la protección jurídico penal de la vida, según que la destrucción del feto se produzca sin el consentimiento de la persona gestante o con dicho consentimiento en un plazo determinado.

Si la persona gestante no consiente la destrucción del producto de la concepción, la vida del feto estará protegida desde la anidación, en los términos vistos. En cambio, la prescripción del primer párrafo del art. 86 del CP determina

Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’, del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.

que la protección jurídica penal de la vida del feto, cuando la persona gestante consiente su destrucción, comience sólo cuando se hayan superado las catorce semanas de gestación, resultando esta introducción del sistema de plazos una de las principales modificaciones generadas por la Ley 27.610.

B. Momento en el que se deja de ser sujeto pasivo del delito de aborto para pasar a ser sujeto pasivo del delito de homicidio

Mientras el sujeto pasivo del delito de aborto es la persona por nacer, es decir, la persona antes del nacimiento, y el sujeto pasivo del delito de homicidio es la persona nacida, siendo el nacimiento un período de tiempo y no un instante, corresponde determinar en cuál de los delitos queda encuadrada la muerte del ser humano “naciente”, es decir, durante el período desde que comienza a nacer hasta que finaliza ese nacimiento.

Limitar temporalmente la aplicación del delito de aborto al sujeto “antes del nacimiento” y la del homicidio al ser humano “después del nacimiento” implica dejar sin punición el período durante el cual la persona “está naciendo”. “Estar naciendo” no es lo mismo que “antes de nacer” ni que “después de nacer”, el naciente aún no es nacido.

El “estar naciendo” exige delimitar en qué momento se comienza a nacer y en qué momento se finaliza de nacer. Antes del momento en que se comience a nacer habrá persona por nacer, después del momento en que finaliza el nacimiento habrá persona nacida y durante el nacimiento habrá persona naciente.

El Código penal en su versión original al tipificar el delito de infanticidio⁸⁶ como una forma atenuada de homicidio, ubicaba las muertes producidas durante el nacimiento en el ámbito de los homicidios. La ley 24.410, del año 1995, derogó la figura del infanticidio del articulado de nuestro Código Penal. El efecto no deseado de la supresión –justificada– del tipo atenuado del infanticidio consistió en la eliminación de cualquier referencia temporal en el Código Penal sobre el momento desde el cual se puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio, pues desapareció del articulado del Código la fórmula “*durante el nacimiento*”.

⁸⁶ Artículo 81 inciso 2° “*Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal.*”

Por ello, desde el año 1995 en adelante, el Código Penal no trae ninguna indicación temporal respecto al momento desde el que se comienza a ser “otro” a los efectos del delito de homicidio⁸⁷.

A pesar del tiempo transcurrido, la falta de regulación expresa en la norma no ha logrado tampoco unidad jurisprudencial en cuanto a la interpretación, existiendo fallos que ubican las muertes producidas durante el nacimiento en el universo de los abortos en tanto otros lo hacen en el de los homicidios.

Así, por ejemplo, la Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional N° VII “*El proceso de nacimiento abarca todo el período que va desde el comienzo de la expulsión hasta su finalización por lo cual resulta contraria a la naturaleza de las cosas y arbitraria la posición que atiende solamente a la culminación de este acontecimiento...*” y, en el marco de los hechos de ese caso, entendió que correspondía tipificar como homicidio culposo el accionar de la médica que dispuso la ruptura de la bolsa de la parturienta, a pesar de que no había anestésista disponible y sabiendo que ello aceleraría el parto, habiéndose detectado una patología en el feto que requería de su inmediata extracción, siendo que ésta demora produjo la muerte de la persona. Es decir, la considera ya nacida (Fallo “Macías” del 28/12/2004); mientras que la Sala V de la misma Cámara, en un caso en el que los médicos habrían omitido iniciar el proceso de inducción al parto, lo que finalmente produjo la muerte, dictó el sobreseimiento por considerar que el sujeto pasivo revestía calidad de feto aún y que, al no encontrarse regulado el aborto culposo, correspondía el sobreseimiento (Fallo “Fraguas” del 12/5/0006). Los fallos citados se asientan en las disposiciones del Código Civil derogado. A partir de 2015 y con la vigencia del actual

Código Civil y Comercial de la Nación, las posiciones nuevamente deben revisarse.

⁸⁷ El Anteproyecto de Código Penal del año 2006 incluyó nuevamente la fórmula derogada “durante el nacimiento” sin retomar la causal de honor sexual. Igual criterio sigue el Anteproyecto de Código Penal de La Nación elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto P.E.N. 678/12) presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Establece en el artículo 80, “Infanticidio”, que “*Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, a la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal*”. En la Exposición de Motivos se expresa: “*Se restablece la figura de infanticidio (...). Su supresión [volvió] discutibles los límites entre el aborto y el homicidio*”, afirmando de manera terminante que “*en cuanto a su límite temporal, su comienzo está dado por el nacimiento, o sea, el comienzo de los trabajos de parto, lo que señala para todos los efectos el momento en que debe distinguirse entre homicidio y aborto*”.

La importancia de la determinación del momento en el que se deja de ser sujeto pasivo del delito de aborto para comenzar a ser sujeto pasivo del delito de homicidio es tal que no debería estar librado a la interpretación jurisprudencial o doctrinaria, requiriendo de una definición normativa, asegurando así igualdad en los criterios de determinación y seguridad jurídica en su aplicación.

En tal sentido, ya hemos formulado una propuesta de tipificación en los siguientes términos: “el que matare un feto en el seno materno desde la anidación hasta antes del comienzo del nacimiento o mediante su expulsión prematura”⁸⁸, actualmente válida para los casos de aborto en los que no se contare con el consentimiento de la persona gestante⁸⁹, tipificación que aporta certeza, en términos de legalidad, al admitir la realización del tipo penal de dos maneras diferentes: dentro del seno materno o por expulsión prematura.

En el primer caso –dentro del seno materno–, se determina temporalmente desde cuándo y hasta cuándo se puede ser sujeto pasivo del delito de aborto en consonancia con lo sostenido respecto del inicio de la protección penal y la separación entre aborto y homicidio. Así, el límite inferior comienza con la anidación, reconociendo la legalidad de los dispositivos intrauterinos y la anticoncepción de emergencia, así como la falta de tipicidad de cualquier conducta que implique destrucción del feto fecundado no anidado. Con relación al límite superior se propone el “inicio del nacimiento” lo que deberá armonizarse con lo prescripto para el delito de homicidio.

En el segundo de los modos –la expulsión prematura– hacemos nuestras las palabras de Ricardo Nuñez quien explica que “... *el nacimiento implica que la mujer pare en tiempo oportuno para que su fruto pueda vivir fuera de su seno y mediante un proceso natural o artificialmente destinado a esto; el aborto significa hacer que la mujer pare antes de que el feto esté en esas condiciones de manera que la sola expulsión produzca la muerte o significa hacer que la mujer pare en cualquier momento pero mediante un proceso tendiente a matar al feto*”⁹⁰.

“Artículo 85 CPN: El o la que causare un aborto será reprimido:

⁸⁸Rempel, “La protección jurídica del embrión”, Ed. Ediar, Bs. As., 2016, p. 491.

⁸⁹ Para cuyo caso se ajustará la definición en el inicio de la protección jurídica penal de vida, disponiéndose por fuera de la semana catorce de gestación.

⁹⁰ Ricardo Nuñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, actualizada por Víctor F. Reinaldi, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, t. III, págs. 161/164.

1. *Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.*
2. *Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.”*

V.- Aborto art. 85 CP. Algunas consideraciones adicionales sobre los bienes jurídicos protegidos o ante cuya afectación el ordenamiento penal reacciona

A lo largo del análisis del artículo 85, se podrá observar que la norma penal busca penalizar la violación de dos bienes jurídicos en particular: en primer lugar y de manera común a ambos incisos, la *vida del feto*; y en segundo lugar y solo respecto del inciso 1, *la libertad o autodeterminación reproductiva de la persona gestante*.

Para poder comprender los alcances del primero de ellos, corresponde hacer una serie de preguntas que permitirán demarcar el ámbito de protección o reproche jurídico penal que la norma provee.

Para responder a la pregunta: ¿desde cuándo un feto tiene vida? debemos necesariamente salir del ámbito de lo jurídico y remitirnos a las explicaciones que las ciencias biológicas saben brindar en este aspecto. Se trata de un proceso celular en donde a partir de la unión de un gameto femenino -que es una célula viva en la potencial gestante y/o progenitor⁹¹- y un gameto masculino -que también es una célula viva en el potencial progenitor- se produce una nueva y única célula que, transitando un complejo y largo proceso, buscará anidarse en el útero de la gestante y continuar allí su paulatino desarrollo celular hasta que luego de entre 38 y 42 semanas, ésta dé a luz a una nueva persona⁹².

⁹¹ La aclaración “y/o” obedece al hecho de que una persona con gametos femeninos puede usar sus óvulos dentro de su propio cuerpo pero también por fuera de él con la celebrada llegada de los tratamientos para la reproducción humana asistida, que permiten que ésta los use con técnicas de alta complejidad para ella misma pero también permiten que los done otra potencial gestante que, teniendo la capacidad de sostener un embarazo, no tiene la capacidad de usar sus propios gametos, por la razón médica o física que sea.

⁹² Este proceso es sumamente complejo y se encuentra forzosamente resumido en un párrafo a los efectos de este artículo, pero puede consultarse en Goldsztern de Rempel, Noemí, La protección jurídica del embrión, páginas 29 a 54; o en el libro dirigido por la misma autora y en la misma editorial de próxima aparición Aborto e interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo, que una célula o grupo de células tenga vida no significa que ella cuente con protección jurídico penal, es decir que no implica que de verse destruída o aniquilada, el ordenamiento jurídico penal vaya necesariamente a reaccionar con la imposición de una pena de este tipo.

Como vimos antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido con toda claridad en el precedente *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*⁹³ al analizar esta cuestión, entendiendo que la tutela jurídica es garantizada por el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos desde que el embrión ya fecundado *anida* en el útero materno de la gestante.

Es decir que, en resumidas cuentas, luego de que se haya producido la unión del óvulo con el espermatozoide en las trompas de Falopio de la persona con capacidad de gestar, y habiéndose vuelto estos una única célula y que haya comenzado el proceso de partición -valga la redundancia- celular mientras recorre durante aproximadamente 7 días esa trompa hasta llegar al útero materno y allí anide en sus paredes, no habrá protección de esa célula viva en sentido jurídico penal.

La Corte IDH asegura en el mismo precedente, y en consonancia con el abordaje que hizo la CIDH en el informe “BabyBoy”⁹⁴ en el cual se debió interpretar el alcance del artículo 4⁹⁵ de la CADH, que la Convención Americana permite que los Estados prevean en sus legislaciones internas supuestos de abortos no punibles o interrupciones legales de la gestación. Durante las numerosas reuniones que los países miembro mantuvieron para consensuar su texto, se discutió especialmente este tema y se decidió una redacción que permitiera a los países que contaban con supuestos de aborto no punible que los mantuvieran, y a aquellos que aún no los habían regulado, que los incorporaran⁹⁶.

La interpretación que harán tanto la CIDH, la Corte IDH como el resto de los organismos del sistema tanto internacional como regional de Derechos Humanos coincide en que este ordenamiento no solo prevé sino que obliga a los

⁹³ *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 28/11/2012

⁹⁴ CIDH, Resolución N° 23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981

⁹⁵ En especial, del 4.1 que dice “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”

⁹⁶ Todo lo cual consta en las actas correspondientes de sesiones de debate

Estados a mantener un piso mínimo de no punibilidad, en donde se incluyen las causales terapéutica, eugenésica y sentimental⁹⁷.

Entonces, el marco normativo indica que la vida biológica se encuentra protegida de manera no absoluta desde el momento en que el embrión anida en el útero materno hasta la producción de la muerte⁹⁸. La legislación penal local, a su vez, prevé la penalización de la afectación a la vida jurídico penalmente protegida través de dos delitos: el aborto y el homicidio. En resumidas cuentas, el primero penaliza la terminación de la vida desde el momento de la anidación del embrión hasta el comienzo del nacimiento⁹⁹; mientras que el segundo la protege desde que comienza el nacimiento y hasta la muerte.

El bien jurídico protegido *vida del feto* abarcará, entonces el proceso que comienza con la anidación hasta el comienzo del nacimiento y el aborto será el proceso que se dará cuando esa vida termine dentro del seno materno, o por expulsión prematura ya sea por causas naturales o haya sido causada por la acción de una persona.

Si el aborto se produce por causas naturales, se lo denomina habitualmente “aborto espontáneo” y no constituye un delito. Pero cuando el aborto sucede por intervención de una persona, sea esta la gestante por fuera de las previsiones del artículo 86, o por un tercero sin el consentimiento de ésta o con él, pero sin estar abarcadas por las previsiones recién referidas, se podrá estar en presencia de un supuesto delictual - siempre que medie dolo-.

El artículo 85 también protege el bien jurídico *autodeterminación reproductiva de la gestante*. Lo definió recientemente el Protocolo para la atención integral de las

⁹⁷ El sistema internacional incluye junto a la causal sentimental la previsión del incesto, que en nuestro país no está tipificado como un delito.

⁹⁸ Definida por la ley 27.447 de Trasplante de órganos, tejidos y células, cuyo artículo 36 establece que se certificará tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas.

⁹⁹ Desde la derogación del delito de infanticidio, la respuesta a cuando se deja de ser sujeto pasivo del delito de aborto y se comienza a ser sujeto pasivo del delito de homicidio no se encuentra en el mismo Código Penal, como si lo preveía la redacción original del artículo 81 - 2 que prescribía que las muertes producidas por las madres sobre sus hijos "durante el nacimiento" configurarían supuestos de homicidios calificados por atenuación. Actualmente, es necesario remitir a las interpretaciones judiciales que no son uniformes, lo que atenta contra la seguridad jurídica que el ordenamiento debería proveer.

personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo¹⁰⁰ como “*el derecho a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos*”. Se trata del derecho que tiene toda persona con capacidad de gestar de elegir libremente si desea un embarazo o de, una vez producido este, mantenerlo o terminarlo.

La autodeterminación como ejercicio de la libertad, implica que solo la persona con capacidad de gestar tome las decisiones que versan sobre su vida, su salud y su reproducción, dentro de los permisos que la ley le otorga, con absoluta autonomía¹⁰¹.

Cuando el embarazo se vea interrumpido por causas que no sean naturales y esto suceda sin el consentimiento de la gestante¹⁰², el bien jurídico *autodeterminación reproductiva* se habrá visto afectado.

VI.- Artículo 85 inciso 1 CP

“Artículo 85 CPN: El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

¹⁰⁰ Resolución del Ministerio de Salud N° 1535/2021

¹⁰¹ Sobre el ejercicio de esta libertad, es menester mencionar que la verdadera libertad consiste en que la persona con capacidad de gestar pueda decidir si desea un embarazo o no lo desea. Es decir, que cuente con la información y recursos para conocer su sistema reproductivo y cómo prevenir embarazos de manera saludable con el método anticonceptivo idóneo para ella, de acuerdo a los disponibles. Una vez que esta libertad es garantizada de manera genuina, un embarazo no deseado solo podrá ser producto del delito de violación o de un fallo en la anticoncepción, más no una falta de previsión o planificación. De esa manera, la persona con capacidad de gestar será verdaderamente libre de elegir. De allí la importancia de acompañar cualquier política criminal de despenalización del aborto con educación sexual integral, lo que ha quedado cabalmente demostrado en derecho comparado al estudiar las legislaciones de países que acompañan estas dos políticas con las que no lo hacen. Para profundizar este tema, podrá consultarse el capítulo pertinente en el libro de próxima aparición ya referido *Aborto e interrupción voluntaria del embarazo*, dirigido por la Dra. Noemí G. de Rempel y editado por Ediar.

¹⁰² Esto no incluye supuestos en los que la afectación de salud o riesgo de vida de la mujer hayan obligado a profesional médico a priorizar la vida de la persona gestante por sobre la del feto, si ésta no pudiere expresarse ni hubiera dejado directivas anticipadas, sino que se trata de casos en donde la voluntad de la gestante no es tomada en cuenta.

A. Sujeto activo

El sujeto activo es el calificado como “común”. Será capaz de cometer este delito, como indica la genérica fórmula “*el que*” cualquier persona¹⁰³.

B. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es, por definición, el feto. Sin embargo, como el inciso primero también protege la autodeterminación reproductiva, también lo será la gestante que no hubiere consentido la muerte del feto.

C. Tipicidad objetiva

Para que se configure este delito, deben darse los siguientes elementos típicos:

1. *La existencia de una persona en estado de gestación*

En primer lugar, es necesario que haya una persona con capacidad de gestar en estado de embarazo.

2. *Que el feto se encuentre con vida en el útero gestante*

En segundo lugar, es necesario que el embarazo se encuentre en marcha, es decir, que el feto esté vivo dentro del seno materno.

3. *Acción de matar al feto*

La muerte del feto debe producirse por un factor no natural, en el sentido de resultar una consecuencia dominada por una persona diferente de la gestante.

La acción de matar al feto puede concretarse de múltiples maneras: a través de la provisión de drogas que induzcan abortos o partos prematuros; a través de intervenciones quirúrgicas, a través de lesiones, entre otras. Se trata de un delito que no prevé medios comisivos.

4. *La gestante no debe haber prestado su consentimiento*

La persona gestante no debe haber prestado consentimiento para la práctica de interrupción porque, de lo contrario, se estaría ante un supuesto de interrupción

¹⁰³ Esto no es diferente de la previsión del art. 85 en la versión anterior, pero debe tenerse en cuenta que antes sí se preveía una pena específica para los profesionales de la salud que colaboraran en la producción de abortos, lo que ya no sucede.

En el acápite de conclusiones referiremos algunas observaciones respecto a esta cuestión.

voluntaria del embarazo -si se está dentro de las previsiones del artículo 86 CPN- o del inciso 2 de este mismo artículo para la tercera persona y del artículo 88 para la gestante.

En derecho penal, el consentimiento¹⁰⁴ se entiende como la capacidad jurídica de aceptar la acción desplegada por otro y sus consecuencias, ello en la medida en que normativamente tal despliegue de voluntad pueda producir efectos.

Como la interrupción de la gestación es una práctica médica¹⁰⁵, sea que ésta se realice a través de medicamentos -que requieren de prescripción- o de intervenciones quirúrgicas, el consentimiento siempre debe estar presente de manera expresa o tácita, y jamás se presume.

La ley de derechos del paciente define al consentimiento informado como “*la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados*”¹⁰⁶.

Por su parte, la ley 27.610 recepta esta definición en su artículo 7¹⁰⁷, incluyendo las previsiones del art. 59 CCC, en donde deja expresamente plasmado que ninguna persona puede ser sustituida en el ejercicio personal de este derecho.

Este proceso de información a través del cual la gestante informada decide sobre la práctica es válido para todas las personas con capacidad de gestar. Sin embargo, merecen especial mención dos colectivos especialmente protegidos por la

¹⁰⁴ Una gestante presta consentimiento cuando acepta o requiere y acepta que un tercero realice la terminación de su gestación. Se tratará de un consentimiento que conlleva punibilidad cuando, sabiendo que no se encuentra amparada por el artículo 86, consiente en que un tercero se lo practique. Se tratará de un consentimiento que no conlleva punibilidad cuando sí esté amparada en el referido artículo y pueda acceder legalmente a la práctica.

¹⁰⁵ La ley no lo especifica de este modo, pero es lo que surge de la lectura armónica y teleológica de sus normas y la reglamentación.

¹⁰⁶ Ley N° 26.529, artículo 5

¹⁰⁷ Asimismo, se encuentra claramente reglamentado en el punto 4.1 de la Resolución del Ministerio de Salud N° 1535/2021 ya referida

legislación en *pos* de su vulnerabilidad: las menores y las personas con discapacidad, los que se desarrollan en el apartado dedicado al segundo inciso de este artículo.

D. Tipicidad subjetiva

Se trata de un tipo subjetivo de dolo directo por definición, en donde el mismo se presentará con el conocimiento del estado gestacional del sujeto pasivo, de su falta de consentimiento sobre la práctica y la voluntad de terminar con la vida de ese feto.

E. Facultad del juez de agravar la pena por el resultado muerte de la persona

a) gestante

La última frase del artículo bajo comentario prevé para el juez la facultad de aplicar una pena más grave si de la práctica de este aborto no consentido resultare la muerte de la gestante. Muerte que necesariamente deberá ser culposa, ya que si fuera dolosa se estaría ante un supuesto de concurso de delitos con la figura del homicidio tipificado en el artículo 79 CPN; o la aplicación del artículo 80 inciso 7 CPN, de acuerdo a las circunstancias del caso.

La doctrina debate si para la aplicación de esta agravante debe consumarse el aborto o es suficiente la presencia de la tentativa.

En el primer caso habrá agravante si la muerte de la persona gestante y la del feto se concretan, mientras que en el segundo se tratará de un delito imposible y se daría la necesidad de concursar la tentativa de aborto -o la tentativa de delito imposible- y un homicidio culposo.

La postura contraria sostiene que la agravante se aplicará aún cuando el delito de aborto haya quedado en grado de tentativa o se trate de una tentativa de delito imposible.

Es decir que mantiene el mínimo de la pena en abstracto en 3 años y faculta que su máximo continúe en los 10 años o se eleve hasta 15 años, de acuerdo a la postura del magistrado/a. Esta decisión, que vendrá a través de una sentencia, y como todo acto jurisdiccional, deberá ser motivada por lo cual sea que decida ejercer la potestad que le es otorgada o apartarse de ella, el juzgador habrá de fundamentarlo debidamente en su fallo.

VII.- Artículo 85 inciso 2 CP

“Artículo 85 CPN: El o la que causare un aborto será reprimido:

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.”

A. Sujeto activo

El sujeto activo es el calificado como sujeto común. Será capaz de cometer este delito, como indica la genérica fórmula “*el que*” cualquier persona, de la misma manera que en el inciso 1.

B. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es, por definición, el feto y en este caso será el único ya que no se trata de un supuesto de afectación a la libertad reproductiva de la gestante.

C. Tipicidad objetiva

Para que se configure este delito se deberán presentar los mismos primeros tres elementos típicos que en el caso anterior pero dos diferentes, a saber:

1. La existencia de una persona en estado de gestación

En primer lugar, es necesario que haya una persona con capacidad de gestar en estado de embarazo.

2. Que el feto se encuentre con vida en el seno materno

En segundo lugar, es necesario que el embarazo se encuentre en marcha, es decir, que el feto esté vivo dentro del seno materno

3. Acción de matar al feto

En último lugar, la muerte del feto debe ser causada o producida por un factor no natural, en el sentido de resultar una consecuencia dominada por una persona diferente a la gestante.

La acción de matar al feto puede producirse de múltiples maneras: a través de la provisión de drogas que induzcan abortos o partos prematuros; a través de

intervenciones quirúrgicas, a través de lesiones, entre otras. Se trata de un delito que no prevé medios comisivos.

4. *La gestante debe haber prestado su consentimiento*

La persona gestante deberá haber prestado su consentimiento para la práctica. Al tratarse de un supuesto que se encuentra por fuera de los permisos legales, el consentimiento no podrá hacerse constar -y por ende no podrá probarse- por los medios analizados en el comentario al inciso anterior, ya que si la práctica no autorizada fuere realizada en un establecimiento médico, no es esperable que el/la profesional que la realice lo registre en la historia clínica. Al tratarse de un supuesto por fuera de la institucionalidad y de la previsión legal, el consentimiento deberá probarse por otros medios que acrediten la expresión positiva de la voluntad de la persona que lo requiere.

- Personas con capacidad de gestar menores de edad

El artículo 8 de la Ley 27.610 refiere a los supuestos en los que la persona gestante es menor de edad y establece que serán de aplicación:

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

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

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

De acuerdo con este artículo 8, inciso a) de la ley y en consonancia con el ordenamiento jurídico civil nacional¹⁰⁸ y el desarrollo del Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes a nivel internacional, las personas menores de edad a partir de los 16 años tienen capacidad plena para prestar su consentimiento, sin intervención de terceros.

El mismo marco normativo establece que las personas con capacidad de gestar que tengan entre 13 y 16 años podrán brindar su consentimiento de forma autónoma respecto de todas las prácticas que no presenten un *riesgo grave* para su vida o su salud.

Para que la práctica de interrupción en el caso concreto pueda ser considerada riesgosa, el profesional debe acreditarlo a través de estudios clínicos, estadísticas sanitarias u otras fuentes siempre que sean autorizadas y de reconocida calidad, basado en evidencia científica, todo lo cual deberá quedar registrado en la historia clínica de la paciente.

Se trataría de supuestos en los que, por cuestiones inherentes al caso particular de esa persona, derivadas del estado de salud de la adolescente, fuere menester realizar una intervención quirúrgica para interrumpir la gestación que pudiere provocar un riesgo grave en su vida o en su integridad física.

Para así interpretar se debe tener en cuenta lo dispuesto por la ya citada resolución 65/2015 que sostiene que *“las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir...”*.

Si la práctica de interrupción no representa un riesgo grave para la vida o salud de la menor, ésta podrá prestar consentimiento del mismo modo en que las personas con capacidad de gestar mayores de 16 años: de manera autónoma. Pero si la práctica representara un riesgo grave, la menor deberá contar con la asistencia de sus progenitores, representantes legales o la persona que ejerza ya sea de manera formal o informal ese rol de cuidado.

Cuando la menor desee concretar la práctica pero el familiar designado para asistirle en la toma de la decisión no la acompañare en ella, ésta podrá buscar la asistencia en otro miembro de su grupo familiar y, sólo cuando ello no fuera

¹⁰⁸ Art. 26 in fine CCC

posible o el conflicto subsistiera, éste será resuelto desde el propio equipo de salud, dejando constancia en la historia clínica de los parámetros sobre los cuales se basaron para decidir y teniendo como norte el interés superior de ésta como adolescente, la regla de no sustituirla en su decisión y la autonomía progresiva de los menores.

Es justamente este andamiaje constitucional y convencional de principios sobre Derechos de los NNyA el que se impone para brindar a la menor la posibilidad de contar con el equipo de salud como apoyo en la toma de su decisión en lugar de su familia, dándole verdadero protagonismo a su voz y respetando su capacidad progresiva.

En los casos hasta aquí vistos, el consentimiento informado¹⁰⁹ o declaración jurada será suscripto solamente la menor gestante.

En los casos en que la menor tenga menos de 13 años, los mismos familiares ya referidos que deben asistirle en la toma de la decisión deben -a diferencia del caso anterior, en donde no se los convoca- participar *junto* a la menor y firmar el consentimiento informado, más no la declaración jurada si el embarazo fuere producto de una violación¹¹⁰.

Es importante remarcar que la interrupción de la gestación sólo podrá realizarse en tanto la persona gestante, menor de trece años, la decida y la requiera. La “voluntariedad”, requisito indispensable de la práctica, es la de la persona gestante, el rol del adulto será, únicamente, el de acompañar con su asentimiento.

En casos de conflicto, el reglamento (Res. Min. Salud 1535/2021) prevé similares condiciones a las ya vistas: si hay una negativa, la persona gestante menor puede recurrir a otro referente afectivo. Si ello no fuera posible, la resolución vendrá desde el equipo de salud teniendo en cuenta los mismos parámetros ya indicados y además de dejar asentado en la historia clínica los aspectos en los que basaron su decisión deberán hacer constar el grado de madurez de la menor para tomar la decisión y los resguardos tomados por el acompañamiento médico. Existe

¹⁰⁹ Cabe recordar que el primero es para supuestos de interrupción más el segundo es para casos en donde la práctica se solicita por la causal sentimental, es decir, cuando el embarazo es producto de una violación.

¹¹⁰ La ley indica con toda claridad que una persona menor de 13 años no tiene capacidad para consentir relaciones sexuales, por lo que el abuso sexual con acceso carnal en los términos del artículo 119 inciso 3 se sin admitir prueba en contrario y la firma de esa declaración se torna innecesaria (art. 4 de la Ley 27.610 in fine)

la posibilidad de que éstos profesionales recurran por apoyo a algún organismo encargado de proteger derechos de niños, niñas y adolescentes si de buena fe consideran que ello colaborará con los derechos de la persona gestante y no significará la obstrucción al acceso a la atención de su salud.

- Personas gestantes con capacidad restringida

De acuerdo con el artículo 9 de la ley y en consonancia con las previsiones del ordenamiento civil local y del desarrollo en materia de discapacidad a nivel internacional y regional, teniendo especialmente en cuenta que se trata de compromisos que tienen jerarquía constitucional en el primer caso y superior a las leyes en el segundo, la norma indica que:

Cuando la persona gestante tuviere capacidad restringida por sentencia judicial pero esta restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que la ley bajo comentario le otorga, tendrá capacidad de prestar su consentimiento informado como cualquier persona gestante sin restricciones: con autonomía.

El Código Civil y Comercial prevé un sistema de apoyos¹¹¹ que está a disposición de esta gestante para ser usado si así lo desea y como un acompañamiento en su decisión, pero jamás un reemplazo.

Distinto es el caso de las personas cuya sentencia de restricción sí tiene relación con el ejercicio de estos derechos, o que ha sido declarada incapaz judicialmente, ya que en estos casos el consentimiento para terminar con la gestación deberá ser prestado necesariamente con la asistencia de su representante legal y, si no lo tuviera o estuviere ausente, con una persona allegada.

Los términos indican con claridad que son de asistencia, pero, reitera, jamás de reemplazo del consentimiento¹¹². El personal de salud deberá hacer los ajustes

¹¹¹El artículo 43 CCC dice “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

razonables que sean adecuados al caso para que la persona pueda comprender en lenguaje simple el procedimiento, los riesgos y demás información que se otorgue en el marco del consentimiento informado.

El propio reglamento de la ley recuerda que las restricciones de la capacidad en términos absolutos son excepcionalísimas y se encuentran sujetas a revisión periódica, por lo cual su existencia en casos concretos será poco frecuente. Es menester recordar que la regla es siempre la capacidad de las personas.

De la misma manera en que los equipos de salud deben dejar constancia en la historia clínica de las menores, deberán hacerlo en estos casos cuando adjunten copia de la sentencia, pero también podrán dejar asentado que no la tienen, los datos de la persona que hizo el acompañamiento, entre otras.

El hincapié que tanto la ley como la reglamentación realizan en materia de consentimiento de personas con discapacidad respecto a las interrupciones voluntarias de la gestación es de suma importancia ya que el sistema internacional de Derechos Humanos ha observado en reiteradas ocasiones a Argentina la constatación de prácticas de reemplazo de consentimiento de las gestantes discapacitadas, así como la de esterilización forzada¹¹³.

Este artículo sólo aborda el delito que comete el tercero al realizar la práctica abortiva, y la situación legal de la gestante que requiere de esta práctica será analizada al momento de comentar el artículo 88.

5. *Inexistencia de los supuestos de interrupción legalmente permitidos*

Aquí debe interpretarse a la norma en el sentido de que la muerte del feto se realice por fuera del límite de 14 semanas de gestación, en tanto su justificación por razones sentimentales o terapéuticas no obstará a su tipificación objetiva en tanto sus efectos tendrán eficacia recién en el plano de la antijuridicidad.

¹¹²Reiteramos aquí que cuando la interrupción sea realizada durante un estado de inconsciencia de la mujer que requiere tomar una decisión que versa entre la vida del feto y la de ésta o la de una grave afectación de su salud, el personal médico siempre habrá de priorizar el de la gestante, aún cuando no se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento para ello.

¹¹³CRPD/C/ARG/CO/1 con especial referencia a la ley N° 26.130

D. ¿Y si se produjera la muerte de la persona gestante?

Nótese que, en este inciso, no hay previsión alguna sobre el resultado muerte de la gestante, a diferencia de lo que ocurre en el primer inciso. Su ausencia podría estar vinculada a la prestación del consentimiento, ya que este por definición indica el conocimiento de los riesgos de la intervención a la que se está sometiendo, máxime cuando lo realiza por fuera del sistema de salud y teniendo a disposición un sistema de plazos que le permitiría acceder a la práctica a simple requerimiento.

Nada de esto obsta que en ciertos casos concretos se configure un concurso con la figura de homicidio, doloso o culposo.

E. Tipicidad subjetiva

Se trata de un tipo subjetivo de dolo directo por definición, en donde el mismo se manifestará a través del conocimiento del estado gestacional de la persona gestante y la voluntad de terminar con la vida de ese feto con el consentimiento o a requerimiento de la gestante.

F. Breves reflexiones sobre la mensuración de la pena

Consideramos que en este caso merece especial mención la escala penal prevista. Y esto es porque la diferencia existente entre el inciso 1 y el 2 es realmente notoria y permite valorar con total claridad cuál es el valor que el ordenamiento jurídico otorga al consentimiento de la gestante, que se enmarca en su derecho a la autodeterminación reproductiva y el que le otorga a la vida del feto.

Cuando una interrupción de la gestación se consuma sin el consentimiento de la gestante, la pena en expectativa oscila entre los 3 a 10 años -obviando la facultad de agravarla hasta los 15 si resultara la muerte de ésta-; mientras que cuando existe consentimiento de la persona gestante la pena se fija entre los 3 meses a 1 año.

De esta manera, si se realiza una simple operación aritmética de resta, se puede observar con toda claridad que el legislador ha razonado del siguiente modo:

Bien jurídico afectado o protegido	Escala penal por la afectación
Vida de feto y autodeterminación reproductiva de la gestante	3 años – 10 años
Vida del feto	1 mes – 1 año
Autodeterminación reproductiva	2 años 9 meses – 9 años

La primera línea valora la afectación de ambos bienes jurídicos: vida del feto y autodeterminación de la persona gestante. La segunda línea castiga la afectación del bien jurídico "vida del feto". Por lo que la tercera línea refleja la valoración que para el ordenamiento jurídico tendrá el bien jurídico "autodeterminación de la persona gestante"

Se logra observar la notable severidad con la que el ordenamiento jurídico amenaza la afectación de la "autodeterminación de la persona gestante" en desmedro del bien jurídico "vida del feto".

VIII.- Artículo 85 bis CP. Sujeto activo

“Artículo 85 bis: 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 los casos legalmente autorizados.”

El sujeto activo es de los denominados “especiales” o también llamados *delicta propria*. Y esto es porque la norma penal bajo análisis indica de manera específica qué personas tienen la capacidad de ser consideradas autores/as de este delito.

De esta manera, solo podrán ser autores/as del delito previsto en el artículo 85 bis las que revistan el rol de funcionario público, autoridad de un establecimiento de salud, profesional de la salud, efector de salud o personal de

salud. Para comprender cabalmente quiénes son las personas con capacidad de ser consideradas sujetos activos de delito, corresponde analizarlas una a una.

A. Funcionario/a público/a

El Código Penal de la Nación contiene, en su artículo 77, la significación de algunos conceptos que son empleados a lo largo del cuerpo legal. Entre ellos, se encuentra definido el funcionario o empleado público en su cuarto párrafo como “... todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

Se trata de supuestos en los cuales una persona que se desempeña en un establecimiento de salud del ámbito público, cuya designación es realizada por la autoridad competente para atribuirle las funciones -lo que puede variar de acuerdo a la estructura orgánica del Estado, pero puede tratarse del Ministro/a, Secretario/a de Salud de la Nación, de alguna Provincia; o del Director/a del propio establecimiento de Salud-.

Los médicos que desempeñan funciones en el ámbito de Hospitales Públicos son pacíficamente considerados funcionarios públicos¹¹⁴.

B. Autoridad de establecimiento de salud

Se trata de aquella persona que, dentro de la estructura orgánica del establecimiento de salud, tenga asignado un rol que le permita ejercer el mando del mismo. Esto incluye a las figuras de máxima jerarquía, como Directores/as de las entidades o las instituciones, también a los Jefes de Servicio o a cualquier profesional de la salud con capacidad de imponer su criterio o dar órdenes a subordinados, sean estos colegas o auxiliares de su ciencia aunque sea denominado de otro modo pero cuyas funciones sean esencialmente de mando dentro de estas estructuras orgánicas de salud.

Estos establecimientos de salud pueden pertenecer al sistema público o al privado y revestir cualquier denominación siempre que cumplan con la función esencial de brindar servicios de promoción, mantenimiento, y/o recuperación de la salud a personas.

¹¹⁴ Fallos 320:1717, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, 12/08/1977; 333:405 “Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733” 20/04/2002; entre otros.

C. Profesional de la salud

La Ley N° 17.132 especifica en su artículo 13 quiénes podrán ser considerados profesionales médicos. Se trata, someramente, de personas que acrediten la finalización de sus estudios en carreras universitarias de medicina con validación de Universidad Pública o Privada y habilitación de las mismas por el Estado Nacional¹¹⁵.

D. Personal de salud

El artículo 42 de la Ley N° 17.132 ya referida, enumera a las actividades de colaboración con la medicina, excluyendo al personal de salud de la denominación de “profesionales” al referir a éstos solo como los médicos¹¹⁶. Si bien esta visión centrada en la medicina es ciertamente discutible, lo cierto es que la ley separa con claridad sus roles, más el delito penal bajo estudio los agrupa bajo el mismo universo de potenciales sujetos activos, por lo que la diferencia pierde relevancia.

Revisten tal calidad los trabajadores Obstétricos, Kinesiólogos, Terapistas Físicos, Enfermeras¹¹⁷, Terapistas Ocupacionales, Ópticos Técnicos, Mecánicos para Dentista, Dietistas, Auxiliares de Radiología, Auxiliares de Psiquiatría, Auxiliares de Anestesia, Fonoaudiólogos, Ortópticos, Visitadoras de Higiene, Técnicos en Ortesis y Prótesis, Técnicos en Calzado Ortopédico, Pedicuros, Agentes de propaganda médica, Instrumentadores de Cirugía, Técnicos Industriales en Alimentos, Citotécnicos, Técnicos en Esterilización y Licenciados en producción de bioimágenes.

Una interpretación acorde a las normativas actuales, especialmente las emanadas a raíz de la emergencia que la pandemia ocasionada por el COVID-19, puede llevar a pensar que se incluyen dentro del universo del personal de salud a las personas que ejercen roles no médicos dentro de los establecimientos, como el personal administrativo. Lo cierto es que la elección de términos permite hacer esta interpretación porque si lo que hubiera querido hacer el legislador era remitirse exclusivamente a los mencionados en primer lugar y que surgen de la enumeración del art. 42 de la ley referida, entonces hubiera indicado claramente que personas a las que refería eran aquellas que cumplían actividades de colaboración con la medicina en los términos de la ley del arte de curar.

¹¹⁵ El mismo artículo especifica lo relativo a personas que obtuvieron sus títulos en otros países.

¹¹⁶ Ver artículo 46 de la ley referida

¹¹⁷ Es curioso como el texto de la ley transmite sesgos de género, ya que, salvo las enfermeras, el resto de los auxiliares son referidos en su modo masculino.

Esto no resulta necesariamente desproporcionado ni atenta contra el principio de legalidad ya que el espíritu de la prohibición bajo comentario busca incluir en su pragma conflictivo a toda persona que, por encontrarse ejerciendo un rol que lo pone en una especial situación de poder, obstaculiza una práctica abortiva a pesar de ésta encontrarse autorizada por la ley. Un miembro del personal administrativo que tuviere la capacidad de decidir si un caso debiera o no ser atendido por los médicos tratantes, por ejemplo, podrá ser incluido como sujeto activo. Es de suyo que ningún miembro del personal administrativo debería tener la capacidad de elegir cuáles casos deberían ser tratados por los médicos actuantes y cuáles no en un establecimiento de salud pero sabido es que alejándonos de las grandes urbes y grandes hospitales, la discrecionalidad puede aparecer.

Sin dudas el Protocolo reglamentario coincide con esta postura, ya que indica *“Se considera personal de salud a todas/os quienes trabajan en un servicio de salud, se trate de los/as profesionales (médicas/os, enfermeras/os¹¹⁸, trabajadoras/es sociales, psicólogas/os, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo, seguridad o maestranza”¹¹⁹.*

E. Efactor de salud

La ley N° 17.132 refiere por efectores de salud a los establecimientos dedicados a la atención sanitaria, los que pueden ser de gestión pública o privada y brindan asistencia médica a los pacientes. No existe una especial diferencia con la denominación que la redacción del mismo artículo usa al incluir a los “establecimientos de salud”.

En base al sistema de organización federal que rige en nuestro país, es menester aclarar que, en materia de organización de cuestiones vinculadas a la salud, las provincias cuentan con numerosas facultades. Por ello se podrán evidenciar ciertos casos como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que con claridad enumera a sus efectores de salud en el artículo 24 de la ley local N° 153 “Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires” de los disponibles en su sistema local.

¹¹⁸ Nótese que aquí la norma se aparta del criterio establecido por la referida Ley N° 17.132, por cuanto la primera denomina grupalmente personal de salud en tanto la segunda diferencia como profesional de la salud y auxiliares de los profesionales de la salud.

¹¹⁹ Luego aclara *“Por ello, el presente “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo” está diseñado en base a la comprensión fundamental de que todo el personal de salud (incluyendo el administrativo y de seguridad) es responsable de garantizar y no obstruir el derecho a interrumpir un embarazo.”*

F. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en este caso será la persona gestante que requiriendo la práctica de interrupción y teniendo derecho a ella -ya sea por encontrarse dentro del legal o de alguna de las dos condiciones previstas en el articulado- es afectada por alguna de las acciones típicas que a continuación se enumeran y se explican.

G. Tipicidad objetiva

H. Acciones típicas

Dilatar¹²⁰ significa retrasar, es decir, demorar sin justificaciones una acción que debe ser realizada. Será justificada la dilación o la demora, cuando no se verificara el cumplimiento de los permisos legales: un determinado plazo o la presencia de alguna de las dos condiciones o indicaciones -terapéutica o sentimental-.

Obstaculizar¹²¹ es “*Impedir o dificultar la consecución de un propósito*”

Negarse¹²² es “decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo”

Estas acciones típicas deberán ser cometidas en relación con la práctica del aborto o interrupción legal de la gestación de acuerdo a la normativa vigente. ¿Cómo verificar que el aborto requerido se encuentra autorizado en la norma? La técnica legislativa utilizada permite afirmar que se verifica un supuesto de ley penal en blanco en sentido impropio. Esta clase de leyes son las que no reciben la crítica de la inconstitucionalidad por cuanto la remisión que realizan para conformar el tipo penal es a una ley de igual jerarquía. En este caso, se trata de un artículo del Código Penal que remite a otros. De esta manera, habrá que consultar lo que la ley vigente diga al momento de cometerse el hecho investigado en el caso concreto y, si fuera en tiempos actuales, referiría a una interrupción a requerimiento hasta la semana 14 o luego de ella, si se verifican los supuestos de las causales terapéutica o sentimental.

I. Tipicidad subjetiva

En sintonía con el artículo anterior, la tipicidad subjetiva de este delito es dolosa. Es decir, que el sujeto activo ha de conocer los elementos típicos de la conducta que está realizando y tener la voluntad de realizarlos.

¹²⁰RAE

¹²¹RAE

¹²²RAE

Se trata de supuestos en los que el sujeto activo conoce que la práctica que se le requiere se encuentra absolutamente amparada por la ley, pero aún así, decide con su accionar generar impedimentos para que no se logre el resultado de la práctica.

J. Pena

El delito bajo comentario prevé dos clases de penas, de las cuatro que hay reguladas por el CPN -aunque la pena de *reclusión*, que es una de ellas esté en franco desuso y cuente con una sentencia de CSJN que la declare virtualmente derogada-. Se trata de un *quantum* o monto de pena bajo la modalidad de privación de la libertad y otro más elevado respecto de la inhabilitación especial.

Considerando que se trata de un delito con sujetos activos especiales y que éstos se encuentran dentro del universo de la prestación del servicio de salud, la inclusión de la inhabilitación especial cobra especial relevancia.

K. Algunos breves comentarios sobre la objeción de conciencia

De acuerdo a la normativa vigente, es menester hacer algunas aclaraciones.

En apretada síntesis, es menester aclarar que, por regla, el personal médico debe atender los supuestos de aborto no punible y de interrupción voluntaria de la gestación que se presenten en su práctica; por excepción podrá excusarse a través de la objeción de conciencia, siempre que respete el procedimiento establecido en la ley y reglamentaciones.

Solo aquel/aquella profesional de la salud que deba intervenir de modo directo en el procedimiento de interrupción de la gestación, sea esta voluntaria o no punible, podrá ser objetor de conciencia.

Esto significa que las demás personas que intervengan de otro modo en el proceso de atención de la gestante, como personal administrativo que se ocupe del registro e ingreso de la requirente, el de farmacia que deba administrar medicamentos, el técnico que deba hacer estudios diagnósticos¹²³, no podrán ser objetores.

Y esto adquiere especial sentido si se observa con atención el fundamento y sustento que tiene la objeción de conciencia como instituto legal. Lo que busca

¹²³ Como puede ser el análisis sanguíneo y ecografía que se requieren previo al procedimiento como parte de la rutina protocolar.

impedir es la legal imposición de realizar una actividad que, desde la más profunda subjetividad, la persona obligada percibe como inconciliable con su ideario de vida, aun cuando se trate de una conducta legal.

En semejante situación sólo podrá encontrarse aquella persona que deba realizar el procedimiento específico de interrupción de la gestación, pero no aquellas que cumplan tareas de otro tipo en ámbitos clínico-hospitalarios.

En este sentido, el propio artículo 10 de la ley indica específicamente que la objeción de conciencia no podrá alegarse respecto de los cuidados y controles que la requirente deba realizarse antes y luego del procedimiento (pre¹²⁴y post-aborto)¹²⁵, sino sólo respecto de la persona *individual* cuya especialidad médico profesional coloca en situación de tener que practicar interrupciones. También indica que aquellos profesionales que no cumplan con los supuestos en que no rija su derecho de objeción de conciencia o no cumplan con los requisitos para que ésta sea válida, serán objeto de sanciones de índole administrativa, civil y/o penal.

La naturaleza de estas sanciones es claramente diferente, y dependerá de cada caso cuál será adecuada. Como se explicó anteriormente, las sanciones disciplinarias o administrativas se relacionan con el ámbito donde los profesionales ejercen su profesión y los Colegios profesionales, la civiles con reparaciones y daños, y los penales con la comisión de delitos¹²⁶.

En resumidas cuentas, la objeción de conciencia sólo exceptúa de la obligación de realizar el procedimiento requerido en legal tiempo, es decir de matar al feto, pero no así del resto de sus obligaciones, a saber: brindar información sobre el procedimiento basado en ciencia -y no en sus creencias-, respetar la voluntad de la requirente y evitar conductas estigmatizantes o revictimizantes, derivar de manera inmediata a otro profesional de la salud que no sea objetor de conciencia, que se encuentre disponible y cerca geográficamente o que, si no lo está, sea posible para la requirente acercarse al lugar de atención indicado.

¹²⁴ La atención previa es regulada en el Protocolo ministerial

¹²⁵ Normalmente, se trata de un seguimiento en relación a la dimensión de las pérdidas que siguen por algunos días, la constatación de la ausencia de síntomas de infección, la corroboración del estado del útero, entre otras.

¹²⁶ Una vez más, remitimos al comentario sobre el artículo 85 *bis* CPN

Esta excepción no rige cuando no fuere posible realizar la derivación, por la razón que sea¹²⁷, ni cuando la vida o salud de la gestante se encuentre en peligro y la necesidad de atención médica sea inmediata.

El ejercicio del derecho de objeción de conciencia es individual, nunca institucional, y jamás puede afectar los derechos de terceros -en este caso de las requirentes-.

IX.- Artículo 86 del CP

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

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

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

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

- 2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.*

(Artículo sustituido por el art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por el art. 1° del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

El artículo 86 del Código Penal agrupa de forma relevante, aunque no de manera exclusiva, los casos de no punibilidad de las afectaciones dolosas de la vida prenatal, sea que tal ausencia de pena se explique en la atipicidad de la conducta o por la presencia de causas que la justifican -con la consecuente distinción terminológica que ello impone, diferenciando entre interrupciones voluntarias de la gestación y abortos no punibles-, ponderando en todos los casos la libre manifestación de la persona gestante.

¹²⁷ Puede tratarse de supuestos en donde no hubieran otros médicos disponibles en la zona o no hubieren establecimientos con la infraestructura adecuada para realizar el procedimiento, entre otras.

X.- Interrupción voluntaria de la gestación

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

El art. 86 citado refiere en sus primeras líneas que “*no es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional*”, introduciendo así al denominado sistema de plazos¹²⁸, mecanismo que, como se vió, provoca el desdoblamiento del inicio de la protección jurídico penal de la vida por nacer, fijándose en la quinceava semana de gestación frente a supuestos en los que medie el consentimiento de la persona gestante.

Con esta distinción, se produce el corrimiento del ámbito de lo prohibido, reduciéndolo y admitiendo un plazo, dentro del cual, el cese de la vida intrauterina se mantiene en el campo de lo atípico, ya desde un plano estrictamente objetivo y con total prescindencia de los motivos que explican dicha interrupción del embarazo.

Esta acción atípica, entonces, no configura un aborto -pese a compartir con este uno de sus rasgos fundamentales, esto es: la destrucción de la vida por nacer- sino un supuesto de interrupción voluntaria de la gestación, expresión que reconoce y pondera la autodeterminación reproductiva de las personas gestantes en un marco temporal precisado por la norma, reconociendo así las diversas instancias biológicas por las que transcurre el desarrollo de la vida intrauterina, asignando a cada una diversa protección jurídica, lo que fue definido por la CIDH como “*principio de protección gradual e incremental—y no absoluta— de la vida prenatal*”¹²⁹.

¹²⁸ Incorporación del sistema de plazos que resultara el propósito fundamental de la Ley 27.610, en tanto se ha sostenido en su nota de elevación que: “*El presente Proyecto tiene como objetivo, generar las condiciones de legalidad para que las mujeres y las identidades con capacidad de gestar que habitan el territorio nacional, tengan acceso igualitario a las prácticas médicas que le garanticen la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) de manera segura y gratuita (...) Garantizar el acceso a una práctica médica que posibilite la interrupción del embarazo hasta la decimocuarta semana, solo mediante el consentimiento de la mujer, resulta esencial para garantizar su derecho a la salud integral y a la vida misma (...) En resumen, el presente proyecto busca legalizar la interrupción voluntaria del embarazo priorizando la fijación de plazos, la voluntad de la mujer y de toda persona con capacidad de gestar y el goce pleno de los derechos sexuales y reproductivos, y no de las condiciones bajo las cuales se produce un embarazo*”.

¹²⁹ CIDH, “*Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*”, cons. 256. Siguió diciendo la Corte en el cons. 264 que “*Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición (art. 4.1 de la CADH) no es absoluta, sino es gradual e*

A. Requisitos

Por lógica, el supuesto requerirá de la existencia de un embarazo con un feto¹³⁰vivo, presente en el seno de la persona gestante, siendo tal vida prenatal requisito común a todos los supuestos aquí analizados. El plazo de gestación, por su parte, se erige como requisito definitorio de la interrupción voluntaria del embarazo, al mismo nivel que el consentimiento de la persona gestante, ello con el fin de dilucidar su pertenencia, aún, al campo de lo permitido.

En efecto, las interrupciones serán legítimas en tanto se concreten dentro de las primeras catorce semanas de gestación, medición de tiempo que se definirá conforme a las previsiones del derecho civil¹³¹, adaptando el término de semanas, que no tiene regulación expresa, al de días, admitiéndose entonces estas prácticas dentro de los primeros noventa y ocho días de desarrollo de la vida prenatal, antes de iniciar la quinceava semana.

En relación con la determinación del inicio de la gestación y su tiempo, ella suele estipularse, médicamente, con referencias a la fecha de la última menstruación de la persona gestante, más en materia de interrupciones voluntarias la OMS ha informado la conveniencia de efectuar el cálculo con base en el tamaño del útero¹³², según resulte de la exploración física, concluyendo que “*después de las 12 semanas de gestación el útero sobresale por encima de la pelvis*”, y que “*después de las 15 a 16 semanas de gestación el útero alcanza el punto intermedio entre la sínfisis del pubis y el ombligo*”¹³³. Al fijarse el plazo para las interrupciones voluntarias lícitas en las primeras catorce

incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

¹³⁰ Se utiliza el término en sentido genérico, abarcando las distintas instancias biológicas que conforman la embriogénesis, lo que puede ampliarse en Rempel, “*La protección jurídica del embrión*”, Ed. Ediar, Bs. As., p. 29 y ss.

¹³¹ Código Civil y Comercial, en su art. 6, que dispone: “*Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda está excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.*

¹³² OMS, Directriz del 2019 denominada “*Tratamiento médico del aborto*”, que vino a revisar y ampliar las directrices del 2012 y 2015 sobre la materia.

¹³³ Ídem.

semanas de gestación, sólo podrá afirmarse que dicho tiempo ha transcurrido en tanto se presente el último de los fenómenos enunciados, ingresando recién allí al plano de una conducta típica.

El consentimiento resulta condición esencial, también, del supuesto, y refiere a un acto de disposición de un bien jurídico, acto que es admitido por la norma, por parte de sujetos especiales que resultan, a tales efectos, plenos gobernantes de la situación por el rol central que poseen: solo las personas gestantes podrán consentir, en el sentido de aceptar o promover, la interrupción voluntaria de la gestación que está a su cargo.

Este consentimiento, que otorga licitud al acto llevado en determinado plazo, opera como causal de atipicidad de la conducta pues, presente, se evidencia la falta de uno de los requisitos para la punibilidad de la destrucción de la vida por nacer, ya desde la anidación, tal como ocurre en los abortos no consentidos, conf. art. 85, inc. 1, del CP.

La relevancia, entonces, del acto de voluntad de la persona gestante destaca al igual que el plazo, centralidad que no se atenúa ni siquiera en los casos de mayores de 13 años y menores de 16, en los que la participación del adulto acompañante se centrará en la asistencia a tal consentimiento¹³⁴, y no el de consentir en nombre del menor¹³⁵.

Al tratarse de un acto médico, y como tal involucrar un previo acto de información aceptado por el paciente, los debates en relación con el tipo de consentimiento admitido –expreso, tácito o presunto–, carecerían de relevancia pues se tratará de una expresión de aceptación o requerimiento que indubitablemente expone la voluntad de la persona gestante¹³⁶. Sin embargo,

¹³⁴ Conf. art. 26 del CCyC

¹³⁵ La única excepción de lo afirmado se encuentra ante “personas que por sentencia judicial de restricción están impedidas de decidir y prestar el consentimiento para acceder a la interrupción del embarazo o de personas declaradas incapaces judicialmente, [ante lo cual] el consentimiento deberá ser prestado con la asistencia de su representante legal, si lo tuviere, o, en caso de ausencia o falta de representación, con la colaboración de una persona allegada conforme lo establece el art. 59 del C.C. y C.”

¹³⁶ La propia Ley 27.610 dispone en su art. 7 que: “*Consentimiento informado. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho*”.

cuando no se trate de un acto médico, sino de una conducta que, pese a ello, produzca la interrupción del embarazo¹³⁷, entendemos que el consentimiento que torne en atípica la realización deberá ser uno que pueda reconocerse de la persona gestante, sea por su expresión directa, por requerimiento o aceptación, al menos implícita. No bastará, a nuestro criterio, el mero consentimiento presunto, que solo ocurre en la subjetividad de la persona no gestante que interviene en el acto, ni aún el tácito, si es que no puede identificarse ninguna conducta activa que haya dirigido la persona gestante y de la cual se infiera su aceptación. Ello pues supuestos de temor reverencial, por ejemplo, podrían explicar la absoluta pasividad de la persona gestante, sin que su omisión pueda comprenderse como expresión de voluntad. Por el contrario, requerir la práctica, conducirse voluntariamente hacia el lugar en el que esta se concreta, sin expresión de arrepentimiento posterior, podrían ser ejemplos de prestación de consentimiento para el acto interruptivo.

Al seguir el último ejemplo, y dado que se trata de un acto de expresión de la libre autodeterminación de la persona gestante, el consentimiento es plenamente reversible en tanto la conducta no se haya consumado, aun cuando las posibilidades de tal reversión dependan de la intervención de terceros, colaboración que la persona gestante que desistió de la interrupción mantiene el derecho de requerir, sin que se puedan plantear objeciones a dicha atención, conforme al art. 5 de la ley 27.610 y a todos sus postulados en general, que promueven la atención digna y de calidad, con prescindencia del motivo que explique las necesidades de la consulta con los galenos, incluyendo a los abortos ocurridos por fuera de los casos autorizados por la norma.

Por otro lado, del debate parlamentario se extrae que la materialización de las interrupciones voluntarias operaría mediante la dación de medicamentos que impidieran la continuidad de la gestación, y lo haría en regímenes ambulatorios, siguiendo así las prescripciones que, sobre la materia, han sido dadas por la OMS, al indicar que el *“tratamiento médico del aborto, que generalmente se realiza con una combinación de mifepristona y misoprostol o solo con misoprostol, es fundamental para proporcionar acceso al aborto seguro, eficaz y aceptable. Tanto en entornos con muchos recursos como en entornos con escasos recursos, los métodos médicos para abortar han contribuido a la*

Como elemento normativo, y tal como aclara la propia ley 27.610, la definición y alcances del consentimiento informado se extraen del artículo 5 de la Ley 26.529, según reforma dada por la Ley 26.742.

¹³⁷Nos referimos a conductas idóneas para terminar con la vida en gestación, pero que no pueden ser calificadas como actos médicos, como lo son ciertas prácticas no seguras extendidas antes de la sanción de la presente ley.

*delegación y reparto de tareas y a un uso más eficiente de los recursos. Además, muchas de las intervenciones médicas para abortar, sobre todo al principio del embarazo, pueden realizarse en el ámbito de la atención primaria y en régimen ambulatorio, lo que facilita aún más el acceso a la atención*¹³⁸, en línea con lo previsto en el art. 5, inc. f, de la ley 27.610¹³⁹.

La concreción de las interrupciones por estas vías vino a echar por tierra los cuestionamientos relativos a los costos de su implantación¹⁴⁰, como otro argumento para impedir la adopción del sistema de plazos. Lo propio se hizo con la introducción del tipo penal que castiga a aquel que *“dilatarse injustificadamente, obstaculizar o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”* (art. 85 bis del CP), norma que adelanta el marco de tutela del efectivo despliegue de los derechos de la persona gestante.

Por su parte, el art. 5 de la ley 27.610 dispuso otro resguardo, de tipo temporal pero también en lo relativo al modo, que asegure la materialización de la interrupción solicitada y su concreción en condiciones de dignidad, privacidad y confidencialidad, al prever que *“toda persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y en las leyes 26.485, 26.529 y concordantes”*, lo que garantiza la naturaleza

¹³⁸OMS, Directriz del 2019, *Tratamiento médico del aborto*.

¹³⁹ Art. 5, inc. f): “Calidad. El personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁴⁰El referido ministro de Salud de la Nación en la misma intervención que se citó antes, indicó: *“los estudios de costos que hay son, según lo que pase —porque no es igual la cantidad de consecuencias posibles: no es lo mismo que haya que hacer una histerectomía, que haya una infección, que haya una sepsis o que sea, simplemente, un cuadro que se trata rápidamente—, entre 2.6 veces menos a 10 y fracción menos. Estos son estudios hechos al 2020. Claramente, ni siquiera en estos estudios se cuentan los gastos de bolsillo que tienen las pacientes antes de llegar al sector público. Se trata de que, solamente, del gasto de lo público, no el gasto total. Para que ustedes se den cuenta de la enorme diferencia que hay, cuando voy uno va a la farmacia —como les dije antes— entre 2.800 y 10.000 está el rango de los dos productos que tienen el misoprostol. El que compra el Estado, que está distribuyéndolo actualmente, cuesta 2.800 pesos: es lo que nos costó en la última licitación. Tenemos el laboratorio de Santa Fe, que está a punto de terminar los estudios —en realidad, ya está produciendo, pero está en los estudios de validación nacional del producto— que, según nos dicen, va a ser más barato. Y el Fondo de Población nos ha hecho una oferta que, en caso de que esta ley se concrete, obviamente, la vamos a aceptar, y vamos a comprar una partida muy grande de misoprostol a 400 pesos por tratamiento. Ustedes se dan cuenta: es muy difícil comparar eso con el enorme impacto que tiene el otro. Y vuelvo a decir: nunca lo hicimos por una cuestión económica. Con respecto a las camas, es difícil decírselo: sería medio una adivinanza. Lo que resulta seguro es que van a quedar camas libres. No le puedo decir cuántas, pero va a ser una descompresión sobre el sistema público”*.

médica del acto interruptor, con los resguardos que le son propios¹⁴¹, como la existencia de un consentimiento informado.

Finalmente, la adopción del sistema de plazos ha estado tradicionalmente acompañada de un sistema efectivo de información, que, al prescindir de sesgos y adoctrinamientos, fortaleciera a la persona gestante y el efectivo acceso a sus derechos reproductivos mediante la instrucción objetiva, imparcial, sobre el proceso reproductivo humano y los métodos profilácticos que le permitieran el libre desarrollo de tal ámbito tan relevante de su personalidad. Sin embargo, si bien la ley 27.610, en su art. 5, inc. e, reconoce tal derecho¹⁴², con acertadas referencias a la neutralidad del informante y la adaptación del mensaje para su efectiva llegada al destinatario, lo cierto es que el artículo siguiente¹⁴³ condiciona el acceso de la

¹⁴¹ Siguiendo los lineamientos de la CSJN en “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en cuyo cons. 25 indicó: “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 concurran 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).”

¹⁴² Art. 5, inc. e, ley 27610: “e) Acceso a la información. El personal de salud debe mantener una escucha activa y respetuosa de las pacientes para expresar libremente sus necesidades y preferencias. La paciente tiene derecho a recibir la información sobre su salud; el derecho a la información incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada. Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles. El personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita”, perteneciéndonos el subrayado.

¹⁴³ Art. 6: “Información y tratamiento del aborto y de la salud sexual y reproductiva. Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con el artículo 4º, el establecimiento de salud pondrá a disposición de las personas gestantes que así lo requieran, en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, ley 25.673, lo siguiente:

- a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior;
- b) Atención integral de su salud a lo largo de todo el proceso;
- c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y accesible a las necesidades de cada persona, científica, actualizada sobre los distintos métodos

información *al requerimiento de la persona gestante*, no operando, por tanto, como un recaudo necesario, sea previo o posterior a la práctica interruptiva¹⁴⁴.

XI.- Abortos justificados

ARTÍCULO 86. - ... Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

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

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

2. *Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.*

(Artículo sustituido por el art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por el art. 1° del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

A continuación, se abordarán los supuestos abarcados por el sistema de condiciones, tradicionalmente contemplados en nuestro sistema, que son aquellos que refieren a indicaciones que justifican en sí mismas la comisión de abortos, sin estipulaciones normativas que impongan límites temporales, regulados también en el art. 86 del CP.

En estos casos, serán ciertas condiciones que rodean a la gestación, o que la explican, los determinantes para rechazar la confirmación de un injusto ante una conducta ya proclamada como típica, operando en la categoría de la antijuridicidad la verificación de tales supuestos, que en nuestro derecho se limitan a los abortos terapéutico y sentimental.

anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la ley 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace.

Estos servicios no son obligatorios para la paciente ni condición para la realización de la práctica”.

¹⁴⁴Si bien en muchas partes del mundo la información se suministra a la requirente como parte de su proceso de revelación previa al consentimiento informado a fin de tomar una decisión fundada, en otras se evidencian prácticas de intrusión en ese ámbito de decisión, buscando imponer gestaciones o convencer a la persona gestante de optar por la adopción o, inclusive, de desistir de la práctica.

Ambos casos requerirán del consentimiento de la propia persona gestante que, como se vio, resulta insustituible aún en los casos de menores de 16 años o de personas con capacidad restringida, en los que los respectivos representantes no podrían suplantar al titular del derecho y dar tal acuerdo en su representación¹⁴⁵, no obstante la asistencia y el acompañamiento que podrían aportar en el caso. Lo afirmado implica que, presente exclusivamente el consentimiento del representante, pero no del titular del derecho, esto es la persona gestante, no se verificarán los supuestos previstos en el art. 86 del CP, tanto de interrupciones voluntarias de la gestación como de abortos justificados.

Por otro lado, y a diferencia de la histórica regulación nacional en materia de abortos justificados, se ha dejado de exigir, de forma explícita, su realización por “*médico diplomado*”, al menos en el aborto terapéutico, no obstante percibirse a lo largo de la ley 27.610 la intención del legislador de que se trate de un acto médico, con constantes referencias a la necesaria existencia del consentimiento informado de la persona gestante y a su acceso a los servicios de salud¹⁴⁶ para la concreción de las prácticas previstas en la norma.

Los dos supuestos admitidos en nuestro ordenamiento:

A. Aborto sentimental.

ARTÍCULO 86. - ...Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

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

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

El segundo y tercer párrafo del artículo 86 del CP regula la justificante del aborto por la tradicionalmente denominada condición sentimental o ética, que legitima la destrucción de la vida prenatal con base en el acto ilícito que le diera origen.

¹⁴⁵ Conforme a las estipulaciones de los arts. 8 y 9 de la Ley 27.610.

¹⁴⁶ Arts. 1, 2, incs. 2 y 3, 5, 6, 7, entre otros. También se denota la calidad médica del acto cuando se hacen referencias a la objeción de conciencia y su forma de instrumentación.

En efecto, que la concepción resulte consecuencia de un abuso sexual explica la imposibilidad ética que posee el Estado de interferir en la decisión de cese o continuación de tal gestación, acaso imponiendo los efectos del delito, aunque de esta falta de intervención y del sometimiento a la voluntad de la persona gestante se concluya en la afectación de la vida por nacer¹⁴⁷.

De allí la relevancia de una de las exigencias del supuesto, cual es la del requerimiento de la práctica por la propia persona gestante: será su conducta activa la que explicará la materialización del aborto, basada en su libre decisión sin imposiciones externas¹⁴⁸.

Este supuesto, previsto ahora de mejor forma que en la regulación acordada en el código penal de 1921¹⁴⁹, refiere, como se vió, al embarazo producto de una violación, siendo que tal denominación ha sido ya abandonada por la ley 25.087 en el año 1999, de la cual la reforma de la ley 27.610 no se ha hecho eco, utilizando, como era esperable, la noción de abuso sexual, delito al que cabe remitirse cuando se interprete el art. 86 del CP.

Dada la dependencia al delito precedente, para la justificación sentimental del aborto deberán presentarse los recaudos previstos por aquel, que básicamente consisten en un contacto sexual, con aptitud para permitir la concepción - limitándose, por lo general, a los abusos sexuales con acceso carnal¹⁵⁰-, realizado

¹⁴⁷ Tal como indicó la CSJN en *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, en cuyo cons. 16 indicó: “*la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio -de dignidad, del cual se desprende la inviolabilidad de las personas-, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.)*”.

¹⁴⁸ Tal como lo dispone el art. 5, inc. d, de la Ley 27.610, que indica: “*d) Autonomía de la voluntad. El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad*”.

¹⁴⁹ Ver las acertadas críticas de Soler en su *Derecho Penal Argentino*, T. 3, Ed. Tea, Bs. As., 1945, ps. 113-115.

¹⁵⁰ Aunque la doctrina científica especializada no descarta la fecundación por eyaculación ante portas, tratándose de un abuso sin acceso carnal, así Bonnet, *Medicina Legal*, Bs.As, López Libreros, 1980, p. 1.047,

sin el consentimiento de la persona, lo cual ocurrirá en los supuestos en los que el autor del delito se valga de la utilización de alguno de los medios comisivos previstos en el art. 119 del CP¹⁵¹.

En este punto, si bien el art. 86 del CP dispone que la práctica abortiva ante una concepción originada en un abuso se concretará ante el requerimiento de la persona gestante y su sola declaración jurada, lo cierto es que tal prescripción resulta operativa en los supuestos en los que la víctima resulte mayor de edad, siendo que ante menores, y puesto que el delito se torna de acción pública, conf. art. 72, inc. a, del CP, se impone el inicio oficioso de la causa penal respectiva, lo cual será una carga para el profesional de la salud interviniente, no siendo la formulación de denuncia una exigencia adicional impuesta a la víctima para el acceso a la práctica en ningún caso¹⁵².

En lo relativo a la declaración jurada requerida, ninguna exigencia ha previsto la norma más que fuera dada ante el profesional o personal de la salud interviniente, sin limitar su forma, circunscribiéndose su contenido a la circunstancia de que el embarazo fue producto de un abuso sexual, sin exigirse el detalle pormenorizado de los hechos ni la indicación de sus autores, en tanto la norma sustantiva no lo impone.

En este punto, nada obsta a que la víctima posea interés en iniciar la causa penal, frente a lo cual se actuará en consecuencia, resguardando particularmente los rastros biológicos del delito, incluyendo, como es lógico, al material genético resultante de la práctica abortiva¹⁵³.

¹⁵¹ Los cuales son: víctima “*menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*”, conf. art. 119, 1er. párr. del CP..

¹⁵² Refuerza lo dicho el art. 5., inc. b, de la Ley 27.610, que prevé en su último párrafo: “*En los casos de violación cuyas víctimas fueran niñas o adolescentes, el deber de comunicar la vulneración de derechos previsto en el artículo 30 de la ley 26.061 y el deber de formular denuncia penal establecido en el artículo 24, inciso e), de la ley 26.485 en el marco de lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal, deberán cumplirse respetando el derecho a la privacidad y confidencialidad de niñas y adolescentes, su capacidad progresiva e interés superior de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 26 del Código Civil y Comercial, y no deberán obstruir ni dilatar el acceso a los derechos establecidos en la presente ley*”.

¹⁵³ Conf. Resolución n° 1.535/2021, Anexo único, parte 2, Proceso de atención integral de las personas con derecho a la interrupción del embarazo, punto 9, Conservación de tejidos.

La declaración jurada en personas gestantes menores de trece años no será requerida, conf. art. 86, inc. 1 *in fine*, del CP¹⁵⁴.

Por otro lado, si bien la reforma excluyó la referencia inicial a que el aborto sea realizado por un “médico diplomado”, el hecho de que se trata de un acto médico resulta especialmente verificable en este supuesto, que requiere la concreción de la declaración jurada ante los profesionales o personal de salud que intervengan, con cobertura integral en todos los servicios médicos del país¹⁵⁵, cualquiera fuera su forma de materialización, lo que dependerá del tiempo de gestación y la mejor forma de concretar la medida sin riesgo para la persona gestante.

Finalmente, el supuesto no limita la realización de la práctica a tiempo alguno, por lo cual la justificante podrá invocarse desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de un embarazo y hasta su terminación. Con relación a su concreción en las primeras catorce semanas, la regulación de la interrupción voluntaria de la gestación no obsta a que se concrete, en ese mismo término, un aborto justificado, pues si bien no resulta requisito legal la invocación del motivo que explica la terminación de la vida prenatal, lo cierto es que la víctima de abuso podría requerir el resguardo de las evidencias y, por tanto, transitar la situación como un aborto justificado y no bajo los presupuestos de la interrupción voluntaria de la gestación.

El conflicto, antes bien, parecería suscitarse frente a gestaciones de tiempo avanzado, en los que la vida extrauterina del feto resultara posible, lo que aproximadamente se sitúa transcurridos los seis meses del embarazo¹⁵⁶. Requerir en tales casos la muerte del feto, y no su expulsión por medio de un parto prematuro, práctica que podría permitir su supervivencia, resultaría posible en los términos estrictos de la ley, que no pone plazo para la procedencia del mecanismo, no obstante lo cual criterios de razonabilidad en el ejercicio de los derechos, conf. art.

¹⁵⁴ Por mandato del art. 119 del CP, todo acceso carnal con persona menor de esa edad siempre será violación, por lo que no es necesario que la víctima lo declare bajo juramento.

¹⁵⁵ Conf. art. 12 de la Ley 27.610.

¹⁵⁶ Lo relevante, en todo caso, no será el tiempo de gestación propiamente dicho, sino los márgenes de peso, largo y desarrollo pulmonar determinados médicamente para afirmar aptitud para una vida extrauterina.

28 de la CN, podrían invocarse para concluir en la terminación de la gestación pero sin concluir con la muerte del feto¹⁵⁷.

B. Aborto terapéutico

ARTÍCULO 86. - ...Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:...

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral (integral como término observado) de la persona gestante.

El aborto terapéutico integra también la nómina de justificaciones históricamente admitidas en nuestro sistema, dada la decisión personalísima que involucra ante una gestación que pone en riesgo la vida o la salud de la persona gestante, la que debe resolver sobre su continuidad o interrupción.

Dado el supuesto, que se manifiesta como una dicotomía extrema, el Estado sólo puede respetar la decisión de la persona gestante, en tanto sea cual fuera implicará la afectación de un bien valioso y susceptible de protección penal, ante un embarazo que se presenta como incompatible con la situación de salud o de riesgo de vida que padece la persona gestante. De esta forma, queda patente que los primeros dos requisitos de la figura resultan el consentimiento de la persona gestante y el padecimiento que explica la necesidad de la decisión radical.

El consentimiento deberá ser brindado únicamente por la propia persona gestante, no pudiendo ser sustituido por sus representantes ni allegados, ni tampoco deducirse de directivas anticipadas¹⁵⁸ que hayan sido dadas para consentir o rechazar tratamientos médicos genéricos, que no atiendan a la situación particular y actual que afecta a la persona gestante. Si, por el contrario, la directiva anticipada fuere otorgada en relación a la patología vinculada con el supuesto que pone en riesgo en concreto su vida o su salud y coloca a la persona gestante en la posición de decidir sobre la continuidad o no del embarazo, su manifestación tendrá plena validez y deberá estarse a lo allí consignado.

La salvedad en relación al uso de las directivas anticipadas, sus tipos y sus alcances, tiene relación con la actualidad del consentimiento y su estricta relación con el hecho concreto que explica la justificante. La interrupción de la gestación

¹⁵⁷Por otro lado, mientras más avanzada está la gestación, más riesgoso es el procedimiento de interrupción para la gestante y viceversa.

¹⁵⁸ Previstas en el art. 11 de la Ley 26.529, según reforma de la Ley 26.742.

por razones terapéuticas ante una persona gestante que no ha podido pronunciarse sobre la situación actual que la aqueja, sin brindar así su consentimiento, podrá no ser punible por invocación de un estado de necesidad justificante, conf. art. 34, inc. 3, del CP, o por darse los presupuestos del estado de necesidad disculpante, conf. art. 34, inc. 2, del CP, mas no será incluida en el supuesto previsto en la última parte del art. 86, que resulta claro en cuanto a la necesidad de la aceptación del titular del derecho.

Así, de lo expuesto se extrae que el aborto terapéutico no resulta equiparable al estado de necesidad justificante¹⁵⁹, pero ambos resultan de utilización posible ante embarazos que pongan en riesgo a la persona gestante, siempre y cuando, en el caso del art. 34, inc. 3, del CP, la persona gestante no haya podido manifestar su voluntad sobre la situación concreta, pues de haber ello ocurrido, la conducta médica que no responda a los deseos del titular del derecho no podrá estar justificada.

Sobre la condición que afecta a la persona gestante, se trata de una que pone en riesgo su vida o su salud, resultando incompatible la situación de embarazo con el resguardo de tales bienes. En este punto, la patología que afecta a la persona gestante puede estar directamente vinculada a la gestación, siendo su causa, o no estar vinculada a ella, pero resultando la interrupción necesaria para salvaguardar la vida o salud de la persona gestante, sea porque así lo requiere el tratamiento a aplicar para tal objetivo o porque razones médicas así lo aconsejen.

En este punto, el riesgo para la vida o la salud se acredita mediante la opinión especialista que concluye en la existencia de tal peligro, sin requerir mayores formalidades, y en base a los conocimientos que se posean al tiempo en que se recomiende la práctica. No resulta necesario, como es lógico, que el peligro sea próximo o inmediato, sino que exista, pues la norma no hace referencias relativas a la oportunidad del riesgo, como sí lo hace en otros supuestos, v. gr. art. 34, inc. 3, del CP, no pudiendo entonces requerirse tal extremo para concretar la interrupción. Como es lógico, en caso de exigirse condiciones mayores o adicionales a las que prevé el artículo, podrá estarse ante un supuesto de dilación u obstaculización de la práctica, conf. art. 85 bis del CP.

Lo dicho se compatibiliza con la supresión de la exigencia relativa a que el riesgo -sobre la vida o la salud- no pueda ser evitado por otros medios, tal como se

¹⁵⁹ Lo cual ya había sido dicho por la doctrina nacional más calificada, como Soler, *cit.*, o Molinario, *Los delitos*, T. 1, Ed. Tea, Bs. As., 1996, ps. 212-213.

preveía en la anterior redacción del artículo. De esta forma, así como la norma no exige inmediatez en la afectación de la vida o la salud, tampoco requiere una ponderación de medios para admitir el aborto allí cuando resulte la única opción viable para la neutralización de los peligros que afectan a la persona gestante¹⁶⁰, como ocurría antes. De esta forma, la vía consentida, esto es la terminación del embarazo, no debe presentarse como el último recurso disponible con el fin de neutralizar los riesgos de la persona gestante, para su procedencia.

En relación al riesgo sobre la vida, podrá existir en tanto no se haya producido la muerte de la persona gestante, certificada con el cese irreversible de las funciones encefálicas o circulatorias¹⁶¹, supuesto que no trae mayor conflictividad.

La discusión existe, por el contrario, con la puesta en riesgo de la salud. En este punto, dado el amplio concepto de salud receptado por la OMS¹⁶², fue objeto del debate parlamentario de la Ley 27.610 el alcance del término, que venía proyectado como “salud integral”, por entender que implicaba la habilitación de abortos por fuera de ciertos criterios de razonabilidad, haciendo que cualquier tipo de afectación invocada pudiera habilitar la práctica, poniendo especial foco estas críticas en la habilitación del riesgo sobre la salud mental¹⁶³ como condición terapéutica¹⁶⁴.

¹⁶⁰ La problemática que acarrea el asunto, esto es la falta de exigencias en torno a que el riesgo no pueda ser evitado por otros medios, reside en que bien podría intentar resolverse mediante la apelación a criterios de razonabilidad, conf. art. 28 de la CN, lo que conllevaría a que la invocación de estos juicios de proporcionalidad podría dar lugar a intentos de judicialización de los casos.

¹⁶¹ Conf. art 36 de la Ley 27.447.

¹⁶² “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, tal como se define en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁶³ La salud mental debe ser entendida como un concepto determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona, conf. art. 3 de la ley 26.657.

¹⁶⁴ Estos posicionamientos recuerdan los cuestionamientos al aborto sentimental y los casos de abusos “fabricados”, para imponer exigencias mayores a la existencia de una declaración jurada, argumento que fue descalificado por la CSJN en el citado caso “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, en el que frente a tales riesgos expresamente se inclinó por la concreción de la práctica al decir, en el cons. 28, que: “*si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, no puede ser*

Lo cierto es que, en aplicación de criterios de interpretación sistemática, toda referencia al término salud en el código penal debiera entenderse siempre con el mismo alcance, lo cual no trajo problemas en otros delitos en los que tal concepto se hubiera utilizado, como en los de lesiones, art. 89 del CP, o en los abusos sexuales, de forma previa a la expresa mención de la salud mental en el último de los supuestos, conf. art. 119, 4to párr., inc. a, del CP, en los que el concepto fue entendido en el sentido de abarcar no solo su aspecto físico sino también su plano mental. Más en materia de abortos, esa amplitud no fue receptada, al menos de forma general, cuestionándose la inclusión de la afectación de la salud psíquica de la persona gestante para justificar la interrupción del embarazo.

Esta idea se trasladó al debate parlamentario, cuestionando las referencias a la salud integral del proyecto original¹⁶⁵, culminando la norma con la observación de la palabra integral¹⁶⁶.

Este veto al término, no obstante, no altera la palabra precedente, debiendo conceptualizarse la salud, al menos, en su faz física y psíquica, justificando el aborto que se sostenga en una patología estrictamente mental¹⁶⁷, pues allí donde la norma no limita, el intérprete no puede, por vía de su tarea hermenéutica, restringir los supuestos de aplicación, en particular cuando proceder así conculcaría los principios de legalidad y *pro homine*¹⁶⁸.

nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyen en riesgos para su salud”.

¹⁶⁵ A punto tal de poner en riesgo la aprobación del proyecto, “negociándose” la observación de la palabra integral, en el decreto de promulgación, tal como ocurrió.

¹⁶⁶ No obstante tal veto parcial, lo cierto es que las partes no observadas “poseen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”, tal como dispone el art. 80 de la CN, restando la “aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.”

¹⁶⁷ Especialmente cuando se ha reconocido la afectación física y mental que producen embarazos no deseados en ciertos supuestos, como refirió la Resolución n° 1841/2020 del Ministerio de Salud de la Nación.

¹⁶⁸ Como ha sostenido la CSJN en “Acosta Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo Ley 23737 -causa N° 28/05.-”, donde indicó que “para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos, propósito que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho.”

Con relación al plano social del término salud, su inclusión podría dar lugar a la receptación, por vía indirecta, de condiciones no previstas en la norma, como lo es el aborto por causales socioeconómicas o por especiales condiciones de vulnerabilidad, lo cual en principio no viene impedido por la Ley, al no restringirse el término salud. Más lo cierto es que parece difícil otorgar tal amplitud al concepto, en particular cuando aún hay voces alzándose en contra de la aceptación de su faz mental.

Finalmente, la condición de afectación a la salud, para la procedencia de la justificante, no impone una ponderación sobre los bienes en juego, al contrario de lo que ocurre en otros supuestos, como en el art. 34, inc. 3, del CP, por lo que la afectación no podrá ser exclusivamente grave para admitir la no punibilidad del caso. No obstante ello, podrían invocarse criterios de razonabilidad, conf. art. 28 de la CN, frente a ínfimas afectaciones a la salud, pero con el cuidado de no erigirse el baremo de la gravedad del padecimiento de la persona gestante en una causal no prevista para impedir y obstaculizar las prácticas, evitando así la imputación del art. 85 bis del CP.

De esta forma, la regla debe invertirse, conf. a los referidos principios de legalidad y *pro homine*, y solo frente a puestas en riesgo de la salud manifiesta e indiscutiblemente ínfimas, es que la conducta no estará justificada, no adelantando juicios morales, éticos o religiosos que tratan de hacer decir a la norma lo que ella no dice, restringiendo sus alcances.

En relación a que el aborto se concrete por medio de un acto médico, se dijo antes que la norma ha quitado la indicación expresa de intervención de un “médico diplomado”, que, junto a la exigencia del consentimiento, disponía como requisito común a ambos supuestos. Sin embargo, las referencias a la necesidad de intervención médica se extraen del contenido general de la ley¹⁶⁹, aunque en particular en este inciso nada se diga expresamente sobre tal requisito.

No obstante, tal omisión, la calidad terapéutica del aborto aquí justificado involucra implícitamente la atención médica que evalúa el cuadro y concluye en la existencia de la condición, aunque por interpretación estricta el supuesto no será punible aunque la práctica no incluya a profesionales de la salud.

Finalmente, al igual que en el aborto sentimental, no hay límites normativos vinculados al tiempo máximo para su concreción y a la compatibilidad del permiso,

¹⁶⁹Ver nota 17.

que involucra la muerte del ser por nacer, ante fetos con posibilidad de vida extrauterina de acuerdo al tiempo de la gestación, valiendo los comentarios realizados con anterioridad¹⁷⁰.

XII.- Aborto preterintencional

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare. (Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Como se ha indicado antes, los tipos penales contenidos en los artículos referidos a la muerte del feto son dolosos, con excepción de la figura prevista en el artículo 87 que contiene el denominado aborto preterintencional¹⁷¹. La actual redacción sólo difiere de la histórica en el adecuado reemplazo del término “paciente” por “persona gestante” y en el agregado del pronombre “la” para indicar el posible autor.

¹⁷⁰Se podrá indicar que la situación no es la misma que en el aborto sentimental, pues aquí está en juego la vida de la persona gestante, bien que debería prevalecer por sobre la del feto aún en estadios avanzados de la gestación.

¹⁷¹De otra opinión Molinario, quien afirmaba que “en realidad, esta disposición legal no reprime específicamente el aborto culposo, sino cualquier aborto producido por medios violentos, siempre que los mismos no fueran dirigidos a producir tal resultado. Debería, pues, denominarse a esta figura aborto violento e imprevisto. No aborto culposo, ni preterintencional, como otros prefieren”, en *Los Delitos*, Ed. Tea, Bs. As., 1996, p. 219. Como indica Terragni, “Soler, FontánBalestra, Núñez, Terán Lomas y otros autores se inclinan por considerar el hecho como preterintencional. El primero argumenta en torno de las escalas penales, diciendo que si fuese culposo debería habersele asignado una pena menor a la del homicidio culposo, porque no es posible que la muerte culposa de un feto sea reprimida con la misma pena que la muerte culposa de un hombre. A raíz de las reformas introducidas esa equiparación ya no existe, pero ese cambio no quita la importancia a la observación del recordado maestro, pues efectivamente los tipos preterintencionales hicieron su aparición en la historia penal con el homicidio de esa denominación, para no castigarlo con la muerte, aunque sí más severamente de lo que merece un hecho simplemente culposo. De manera que la pena de los hechos preterintencionales es intermedia entre la que corresponde al hecho básico doloso y la que se le asigna a la causación culposa de idéntico resultado”, en *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Ed. La Ley, versión digital, publicación contenida en su cap. 24 - Delitos contra las personas, § 550. El aborto denominado preterintencional, alojado en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2012/41356527/v1/document/B8D3FB14-604F-D9D2-995A-180308D48C5C/anchor/7667CB17-67F5-10EE-B278-6510C481A614>

Como toda figura preterintencional contiene una mixtura de dolo y culpa. La acción dolosa del sujeto activo tiene por designio la producción de lesiones¹⁷² en el cuerpo de la persona gestante conociendo del estado de preñez; el resultado producido, en cambio, será la muerte culposa de la persona por nacer. La previsibilidad de la producción del resultado muerte del feto por ejercer violencias sobre una persona gestante y la no previsión en el caso concreto, caracterizan el tipo penal, diferenciándolo de la culpa con representación y del dolo eventual.

Por su parte, la falta de consideración de la posible producción de resultados lesivos adicionales, ya ocurridos sobre la persona gestante, impone la solución mediante la aplicación en concurso del delito de que se trate, quedando a nuestro criterio únicamente absorbidas por las previsiones del art. 87 aquellas lesiones leves que materialicen la violencia requerida por el tipo, no así las que lo excedan, concurriendo entonces idealmente todo resultado más gravoso.

En cuanto al medio empleado, si bien el tipo objetivo no lo exige taxativamente, debe tratarse de uno que sea idóneo para producir el resultado doloso buscado y razonablemente inidóneo para el resultado culposo producido. Ello porque si el medio es idóneo para producir la muerte del feto se configuraría un supuesto de los previstos en el artículo 85, inc. 1, del CP¹⁷³.

La ausencia de toda manifestación de la norma no impide afirmar que se trata de un resultado no consentido por la persona gestante, en tanto la interpretación sistemática nos imposibilita arribar a otra conclusión dada la pena prevista por la figura, que duplica en su mínimo y máximo la escala fijada en el art. 85, inc. 2, del CP. Por ello, la ausencia de consentimiento en relación a la causación del resultado mortal deviene en un requisito del tipo, que por ello responde a la afectación de dos bienes jurídicos, siendo tales la vida del feto y autodeterminación reproductiva de la persona gestante, en idéntico sentido al del art. 85, inc. 1, del CP.

Por otro lado, la figura no contiene limitantes temporales para su materialización, lo que implica aceptar su concreción a lo largo de toda la gestación

¹⁷² Con independencia a que se haga referencia a un despliegue de violencia, en tanto dicho término si bien resulta ampliado de forma moderna en su consideración sobre múltiples aspectos que pueden surgir de la interrelación entre sujetos, como las formas de violencia mencionadas en el art. 4 de la Ley 26.485, aquella con idoneidad para provocar el resultado mortal que se materializa en el delito analizado, resulta, evidentemente, la violencia física, respetada genéricamente en los delitos de lesiones, arts. 89 y ss. del CP.

¹⁷³ No obstante lo afirmado aquí, hay autores que consideran que toda violencia ejercida sobre persona gestante siempre será idónea para producir la muerte del feto.

y hasta que el ser gestado adquiriera su calidad de persona, susceptible por ello de ser sujeto pasivo del delito de homicidio.

Finalmente, a diferencia del homicidio preterintencional donde el sujeto pasivo de la acción dolosa es el mismo sujeto pasivo del resultado culposo, en el aborto preterintencional hay dos sujetos pasivos diferentes: la persona gestante es el sujeto pasivo de la acción dolosa en tanto el feto es el sujeto pasivo del resultado culposo.

Otra diferencia con el homicidio preterintencional se verifica en tanto el tipo penal del artículo 87 exige el conocimiento del estado de gestación como presupuesto para la previsibilidad del resultado, en tanto en el artículo 81 comentado dicho requisito no integra el tipo penal.

XIII.- El autoaborto y el aborto consentido

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

Entre las figuras definidas por el legislador para abordar los supuestos en los que se produzca dolosamente la muerte del feto con el consentimiento de los intervinientes en el delito, la directa realización o participación –mediante al menos su aceptación– del sujeto gestante mereció una especial consideración en el art. 88 del CP, y da un tratamiento diferenciado a estos casos para ajustar, así, distintos efectos en materia punitiva.

La necesidad político criminal de diferenciar los supuestos a partir de la distinción del sujeto activo que *causare un aborto*: esto es, la decisión de legislar en un tipo *aparte* la punición de la que será objeto la persona embarazada que consuma por sí el delito, amén del segundo supuesto también previsto en la norma, esto es el *consentir que otro se lo causare*, debe buscarse en el seguimiento de cierta tradición histórico-normativa¹⁷⁴, en tanto el aspecto central de la figura no ha sufrido variaciones esenciales desde la primera vez en que fue ideada, siendo además común la previsión de figuras que de forma autónoma castigan el aborto por la causación de la propia mujer o por la prestación de su consentimiento en el

¹⁷⁴ Iniciada ya con Tejedor en la parte especial de su proyecto de Código Penal presentado en 1867, conf. Zaffaroni-Arnedo, *Digesto de codificación penal argentina*, A-Z Editora, Madrid, 1996, tomo I, pp. 19 y 179.

derecho comparado¹⁷⁵. Sin embargo, puede ponerse en duda la corrección de tales previsiones, tanto por su innecesidad, en el primer supuesto, como por la dudosa legitimidad del segundo.

A. Causación del propio aborto

El art. 88 reprime a “*la persona gestante que, luego de la semana catorce de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto*”. El objeto de protección no difiere de aquel que aplica a todas las figuras de aborto. Y tampoco aquí hay distinciones en la conducta típica que caracteriza a las restantes previsiones en la materia: lo punible es *causar un aborto*, en el sentido de desplegar la conducta necesaria para provocar la muerte del feto en el seno de la persona gestante o por su expulsión prematura.

De esta forma, la estipulación normativa del aborto propio aparece como redundante, pudiendo remitir a todo lo ya afirmado en relación con el art. 85, inc. 2, esto es, que se trata de un delito comisivo, en tanto la causación exigida por el tipo penal remite a una conducta activa por parte del agente, conducta que debe tener idoneidad para el logro del resultado lesivo vinculado -la muerte del feto dentro o fuera del seno de la persona gestante- al hablar así de un delito de resultado en el que el sujeto pasivo resulta el ser por nacer, con la particularidad de que se trata, en el caso, de un delito que exige una calidad especial en el autor: que sea aquel en cuyo cuerpo se esté gestando a la víctima, al ser por tanto un *delicta propria*, de forma tal que nadie que no sea la persona gestante puede cometer esta causación del aborto en los términos del art. 88, pues de no reunir tal calidad su conducta será receptada por el art. 85, inc. 2, del CP.

Mas dicha enumeración no estaría completa si se omitiera al plazo de gestación incorporado por la ley 27.610, que estipula el inicio de la protección jurídico penal de la vida en los abortos consentidos luego de cumplidos catorce semanas de iniciado el embarazo, pues solo después de superado este plazo podría tenerse por objetivamente típica a la conducta.

Superado el tipo objetivo, la conducta sólo admite, ya en su faz subjetiva, una forma de realización dolosa¹⁷⁶, y descarta en esta instancia todo incremento del

¹⁷⁵Ya en los países vecinos ello puede percibirse en los Códigos Penales chileno (art. 344), paraguayo (art. 349), uruguayo (art. 325). El Código Penal español, por su parte, plantea el supuesto en su art. 145, inc. 2.

¹⁷⁶ En ello la doctrina es unánime, no se admite la forma culposa de realización del tipo, así Aboso, *Código Penal*, 4º ed. act., Buenos Aires, Ed. IBdF, 2017, p. 542.

riesgo que provocara la muerte del feto pero que se explicara en la actitud negligente o imprudente de la persona gestante. Con relación al tipo de dolo exigido, y en atención a que la causación del aborto por la propia persona gestante requiere del consentimiento del agente, en una equiparación plena con el art. 85, inc. 2, del CP, difícil es pensar que pudiera tenerse por configurado al tipo penal por una búsqueda del resultado menos que directa, esto es que bastara con un dolo eventual para completar al tipo, en tanto el consentimiento es un elemento que supera, en sus exigencias, al mero conocimiento del autor de su calidad de persona gestante y que, pese a lo cual, pudiera comportarse de forma riesgosa para la vida del ser no nacido. Esa hipotética conducta desaprensiva, propia de lo que la doctrina caracteriza como dolo eventual, bajo diferentes fundamentaciones, no resulta equiparable a *consentir* la muerte del feto, como búsqueda del resultado mortal o *causación del aborto*, que solo resulta compatible, así, con dolo directo¹⁷⁷.

La participación resulta posible, y se entiende que esta podría operar sin limitación alguna. La idea de participación ha sido debatida en la doctrina, pero en los hechos no cabe negar una coautoría funcional: así la persona gestante podría provocar su propio aborto, resultado posible que un coautor también domine, con su aporte, los hechos, teniendo ambos el manejo global del delito. La distinción que debe producirse, dada la decisión legislativa de deslindar supuestos idénticos, tal como se criticó al inicio, es que a la persona gestante se le imputaría el art. 88 del CP, mientras que, al coautor, al no reunir la calidad exigida en este último artículo, se le imputaría el art. 85, inc. 2, del CP, siendo así una particular forma de coautoría por dominio funcional de los hechos en los que los agentes resultan inculpados por normas distintas.

En sentido contrario, si se partiera de la interpretación gramatical e histórica del supuesto y, desde allí, se entendiera que el *causare su propio aborto* hace referencia a una especial y directa realización del verbo típico por parte del sujeto activo¹⁷⁸, no cabría más que concluir que se trata de un delito de propia mano, y queda descartada también la autoría mediata.

¹⁷⁷ En igual sentido, Donna, citado en *Código Penal*, D'Alessio, ob. cit., tomo 2, p. 49.

¹⁷⁸ “Para que pueda hablarse de aborto propio se requiere que sea la mujer quien ejecute”, Soler, ob. cit., p. 107. Parece ser de otra opinión Aboso, quien con cita de Muñoz Conde admite la autoría mediata “pudiendo la embarazada servirse del tercero como instrumento”, *Código Penal*, ob. cit., p. 542, aunque tal supuesto, esto es el uso de instrumentos, permitiría inferir una autoría directa, más que mediata.

Por último, y tal como se desprende de la redacción de la norma, confirmada la tipicidad objetiva y subjetiva del autoaborto, la conducta aún podría estar justificada si encuadra en los supuestos previstos en el art. 86, esto es aborto sentimental o terapéutico, por lo que queda trunca así la configuración del injusto penal.

B. Consentir el aborto

Resulta punible, también, “*la persona gestante que, luego de la semana catorce de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, (...) consintiera que otro causare su aborto*”.

En este caso, el núcleo de la conducta típica radica en el acuerdo dado por la persona gestante, quien podrá requerir el aborto o aceptar que otro se lo cause, siendo que tal acto de expresión de voluntad convierte a la persona embarazada, por vía de la decisión legislativa, en autor directo del delito, en la medida en que el resultado lesivo se consume posteriormente. Es decir, en este supuesto de aborto cometido por un tercero, se considera a la gestante como autor por consentir¹⁷⁹. Se ha justificado la existencia del supuesto al apreciar la especial posición de garante que tornaría al presente supuesto como uno donde lo punible pasara por la infracción a deberes propios de la persona gestante, lo cual explica en algunos sistemas que la pena sobre el que acepta sea incluso superior al que directamente ejecuta¹⁸⁰.

¹⁷⁹ La doctrina nacional se ha opuesto a esta idea, así Creus, Soler, FontánBalestra, todos citados por Larrandart en Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R. y Larrandart, Lucila, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ob. cit., tomo 3, p. 888. Soler afirma que “no se trata, claro está, de castigar el nudo consentimiento. La mujer necesariamente presta su cuerpo para que el aborto se realice, pues lo que ella consiente es que otro se lo cause”, ob. cit., p. 103, pero lo cierto es que el aporte no pasa más que por prestar acuerdo.

¹⁸⁰ Tal como ocurre en Chile, donde se argumentó que “el ‘consentir en que otro le cause’ del artículo 344 CP (...) es la expresión de la extensión de la norma de comportamiento hacia una especie de mandato restringido. La imposición de este deber especial de solidaridad que exige incluso prestaciones activas por parte de la mujer (...) no solo es justificable, sino que políticocriminalmente necesaria”, Wilenmann, *El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto*, publicado en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100009>, consultado el 05/03/21.

En materia de su configuración, tal acto de consentir, base del tipo objetivo, debe necesariamente estar vinculado a un aborto al menos tentado¹⁸¹, habiendo posturas que sostienen lo contrario¹⁸².

Suele decirse, por su parte, que ese consentimiento debe ser emitido por una persona con capacidad de prestar tal acuerdo, “no tratándose de la capacidad civil, porque este consentimiento es de los que pertenecen a la categoría [...] de inválidos”¹⁸³, en tanto la voluntariedad es expresada para la comisión posterior de un delito, esto es un aborto realizado por fuera del plazo legal que tampoco estuviera justificado en los términos del art. 86 del CP. Más puede entenderse que el consentimiento no opera como un puro elemento descriptivo del tipo, cuya existencia viene percibida por los sentidos cuando la persona gestante indubitablemente requiere el aborto o manifiesta su aceptación, sino que tiene un margen normativo dado por las estipulaciones del CCyC en materia de capacidad, por lo que no podría, en principio, aceptarse como aborto consentido aquel practicado sobre una persona gestante declarada incapaz por sentencia judicial aunque hubiera aceptado el acto, en la medida en que tal supuesto quedara contemplado en la extensión dispuesta por aquella sentencia, conf. art. 24, inc. c, del CCyC, quedando en tal caso la posibilidad de apelar a la justificación del aborto sentimental, para cuyo caso se requerirá “su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o

¹⁸¹ En contra, Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R. y Larrandart, Lucila, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ob. cit., p. 888.

¹⁸² Como argumento principal para sostener lo contrario, y, dada la referencia del último párrafo del art. 88 relativa a la impunidad de la tentativa de la persona gestante, se sostiene la necesidad de que se trate de un acto consumado pues, de lo contrario, sería irrazonable: a) entender que la norma se refiere solamente al primero de los supuestos enunciados por el art. 88, esto es el causare su propio aborto, lo cual resultaría impropio pues los argumentos para exceptuar la punición de la tentativa de la persona gestante le caben tanto al que causare como al que solo consintiere, sin que la ley distinguiera entre ambos supuestos al no punir la tentativa, o b) que se dispone en relación con el momento previo a la prestación del consentimiento o a su desistimiento voluntario posterior, forma de interpretar que nunca fue adoptada por nuestra doctrina, lo cual es lógico puesto que tal consentimiento, sin inicio de maniobras abortivas, carecería de relevancia típica por ser un mero acto preparatorio. Así, para esta posición, lo relevante será que se haya lesionado el bien jurídico, esto es que un tercero haya dado muerte al ser no nacido con el consentimiento de la persona gestante, para tener por realizada a esta variante prevista en el art. 88 del CP.

¹⁸³ Soler, ob. cit., p. 102.

ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del CCyC”, conf. art. 9, últ. párr., ley 27.610.

No hay formalidades para la prestación de tal consentimiento, que puede ser verbal o asumir formas tácitas¹⁸⁴, en tanto quede evidenciada la intencionalidad de la persona gestante, debiendo, para ser punible, mantener tal posición a favor de los hechos hasta el momento en que el resultado mortal se concrete o, al menos, ya no resulte posible una retractación, lo que ocurrirá cuando la muerte del feto, dada la conducta realizada por el tercero, no pueda evitarse. En cambio, si la retractación de tal consentimiento se concretara antes de este punto, la conducta de la persona gestante no será punible y el aborto que se produzca, pese a la retractación, será encuadrado en el art. 85, inc. 1, salvo que mediara un error en el tercero acerca del mantenimiento de la voluntad, encuadrándose allí en el segundo inciso del art. 85.

El tipo objetivo se compone, a partir de lo expuesto, por la persona gestante como sujeto activo, el ser por nacer como sujeto pasivo, la prestación de consentimiento como verbo típico, que comúnmente se concretará por el propio requerimiento de la realización del aborto que la persona gestante realiza a otro, y las maniobras abortivas que, como actuación de un tercero por fuera del riesgo permitido, enmarcan la situación y terminan explicando la producción de la muerte del feto; tal conducta es necesariamente, dolosa y de primer grado, al igual que en el caso anterior.

Por otro lado, la participación criminal, en sentido amplio, en este caso no solo es posible, sino que resulta condición imprescindible, en tanto la conducta de dar muerte al ser por nacer debe ser ejecutada por un tercero, quien tendrá el dominio del suceso acordado por la persona gestante. La actuación de los terceros, sea que colaboren con el ejecutor del aborto o que codominen junto a él dicha realización, se encuadrarán en las previsiones del art. 85, inc. 2, del CP, al asignar responsabilidades según el grado de participación que corresponda.

C. Tentativa

En nuestra tradición normativa, la legislación se ha mantenido inalterable en materia de tentativa, al receptar la impunidad de la conducta abortiva de la mujer que no culminara con la muerte del feto. Las razones dadas por el legislador original para justificar la solución no han diferido, a lo largo del tiempo, de las aportadas por la doctrina, que ven en el núcleo familiar y su mantenimiento sin

¹⁸⁴ Ídem, p. 103.

turbaciones a sus principales argumentos, ponderando al ser por nacer y su vida ya fuera del seno de la persona gestante frente a un hecho que, al poder concretarse, no se culminó, de allí la asociación que se suele hacer con argumentos basados en la figura del desistimiento¹⁸⁵.

El debate, en este punto, reside en torno al alcance de la solución, en tanto si se tratara de una excusa absolutoria, su valoración se concretaría ya luego de confirmarse la presencia de un delito, como un injusto culpable, respecto del cual se ha resuelto excepcionar la pena mediante su resolución en la categoría de la punibilidad.

Si se lo asimilara a un supuesto de desistimiento, podría participar de sus efectos. Aquí la doctrina está dividida entre asignarle también naturaleza de excusa absolutoria, actuando como una causa personal de no punibilidad, o como un elemento que excluye ya la tipicidad objetiva, lo cual se sostendrá si se considerara que el resultado mortal integra el tipo objetivo, al ser su ausencia relevante, entonces, ya en esta instancia.

En todos los casos se resolverá por la no punición de la persona gestante que hubiera intentado causar su propio aborto, sin que tal maniobra haya culminado con la lesión del bien jurídico; más la selección de una u otra postura tendrá efectos en materia de participación, y ello debido a su carácter accesorio, que vincula el castigo de los colaboradores a la realización del autor de, al menos, un injusto¹⁸⁶. Así, si se afirmara que la no punición de la tentativa recién se evaluará al analizar la punibilidad de la conducta, se estará frente a un injusto —el de la persona gestante— culpable, pero no sancionable penalmente, por lo que el castigo de los partícipes resultará posible, y con ello también un proceso penal previo que podría llegar a producir las turbaciones que se pretendían evitar con esta excepción.

Si se lo considerara un elemento de naturaleza equivalente, aunque no idéntico, al desistimiento de la tentativa, y a este último se lo analizara en el tipo objetivo, su presencia, es decir, la carencia de resultado mortal en la conducta ejecutada por la persona gestante, conduciría a la solución por la atipicidad del hecho, no configurándose un injusto penal, impidiéndose así el castigo de los partícipes.

¹⁸⁵ Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R. y Larrandart, Lucila, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ob. cit., tomo 3, ob. cit., pp. 889 y siguientes.

¹⁸⁶ Es la corriente de la accesoriedad mínima de la participación, nombrada aquí por resultar de adopción mayoritaria.

La punición de la coautoría no participa de los criterios de accesoriedad, lo que llevaría a la conclusión de la sanción de sus conductas tentadas, dada la falta de consideración expresa de la norma, sin ampliar hacia ellos los alcances de la excepción de punibilidad, aunque ciertamente los argumentos que justificaron la atención especial al caso de la tentativa de la persona gestante resultan plenamente aplicables aquí, puesto que el objeto de prueba del proceso penal que se iniciara versaría sobre la persona ya seguramente nacida y aquel que lo gestó, en tanto hace a su sustrato material, al producirse quizá aquella situación de perturbación familiar y personal que se pretendía evitar.

D. Eximición de pena

Finalmente, cabe analizar la mayor novedad introducida en el art. 88, por la que se dispuso que *“podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta”*.

Esta fórmula tuvo como antecedentes indirectos las previsiones del anteproyecto de 2006, por el que se disponía al final del art. 88 que: *“El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirla de ella, teniendo en cuenta los motivos que la impulsaron a cometer el hecho y su naturaleza, su actitud posterior y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad”*, disposición también contenida en el proyecto de 2018, que replica la fórmula previa; al tratarse de precedentes indirectos en tanto las referencias abiertas de la fórmula adoptada por la ley 27.610 permiten, como se verá, un mayor campo para la aplicación de la eximición de pena.

Esta posibilidad normativa fue explicada durante el trámite parlamentario¹⁸⁷ mediante la apelación a diversos supuestos del Código Penal que,

¹⁸⁷ Según lo afirmado por Gómez Alcorta, expositora en representación del Poder Ejecutivo en Senadores, quien indica que: *“Hay que decir que el actual Código Penal tiene varias previsiones similares, tanto en el artículo 80, para atenuar los homicidios agravados; en el artículo 81, para la emoción violenta; en el artículo 44, para lo que se conoce como delito imposible o tentativa inidónea. En algunas ocasiones lo hace para atenuar la pena y en otras con la posibilidad incluso de eximirla. También hay que decir que los dos últimos anteproyectos de Código Penal, de dos gobiernos distintos, incluían la posibilidad de tener una norma general, en la parte general del Código Penal, que pudiera eximirse de pena la aplicación en ciertas situaciones, conocidas generalmente como penas naturales, cuando las consecuencias del propio hecho tienen, traen o acarrear un grave daño para la persona. Entonces, en ese mismo sentido es que se establece la posibilidad de la eximición de la pena cuando hay ciertas circunstancias. Estas circunstancias extraordinarias, o estas circunstancias que hicieran excusables, hay que leerlas en el marco de lo previsto en los artículos 40, 41 y subsiguientes del Código Penal. Están previstas, justamente, para que el tribunal o, en este caso, el juez o la jueza que deba dictar sentencia*

según lo indicado, operaban de forma similar, más al referirse a un variado conjunto de casos de naturaleza dispar, que responden –tomando por válida esa ejemplificación– a razones vinculadas a la atipicidad de la conducta –por problemas en el plan, los medios o los sujetos seleccionados por el autor, que afectan su idoneidad para poner en riesgo el bien jurídico–, a la culpabilidad disminuida del agente, a la existencia de eximentes personales de la pena, a valoraciones propias del marco de determinación judicial de la pena en concreto o incluso refiriendo a la aplicación de criterios de oportunidad, haciendo que el camino punitivo no resulte la única vía para resolver el conflicto dado con la existencia del delito de aborto.

Lo que se pretendió hacer notar, según se cree, con esta enumeración meramente ejemplificativa es que el supuesto, a diferencia de los precedentes de los años 2006 y 2018, permite un margen mayor de maniobra en el juzgador de tal forma que, en tanto los hechos concretos permitieran ser encuadrados en la figura –y para tal encuadre el código de fondo no ofrece límites–, la pena podría eximirse totalmente.

Al ser así, y en la medida en que no sean superados los márgenes de razonabilidad y el límite que da el resguardo a la dignidad humana exigidos por la norma fundamental, podría afirmarse válidamente que hoy, al menos respecto de la persona gestante, el sistema carece de causales de no punibilidad del aborto que puedan considerarse *prima facie* inadmisibles, esto es que todas resultan válidas en tanto y en cuanto su inclusión sea resuelta positivamente en la valoración de las *circunstancias del caso*.

La rotundidad de la afirmación no puede debatirse, pues la fórmula en nada limita ni acota, al ser abarcables, dentro del campo de lo proporcionalmente admisible, particularmente las causales no reguladas como el aborto *eugenésico*, pues aquellas que sí lo están quedarían abarcadas por el supuesto legal –art. 86–, incluyendo además los casos en los que la inconveniencia de la respuesta penal, por fuera de estas causales, hiciera evidente su concreción.

Dada la valoración del caso y su inclusión en esta alternativa, la respuesta única resulta la eximición de la pena, sin posibilidades de atenuación punitiva tal como planteaban los precedentes referidos. Más teniendo en cuenta la benignidad

frente a un supuesto puedan contar con previsiones que establezcan, por fuera de las circunstancias ordinarias, para poder, justamente, eximir la pena de la persona. Obviamente, siempre fundando y justificando, de acuerdo con los principios constitucionales de proporcionalidad y todos los otros principios constitucionales que rigen el sistema penal’, en su exposición del 14/12/20.

de la escala penal, la falta de la consideración legal a la atenuación de la pena, como otra solución posible, no plantea mayores inconvenientes, salvo que se tratase de un sujeto respecto del cual las previsiones de condicionalidad de la pena no resultaran aplicables, supuesto teóricamente admisible que debería ser resuelto, según se cree, mediante la valoración de la proporcionalidad de la sanción penal en el caso.

XIV.- Resumen

En resumen, el Código Penal presenta en la actualidad tres situaciones diferentes con relación a la muerte dolosa del feto cuando es causada o consentida por la persona gestante: a - atipicidad fundada en la existencia de un plazo, b - no punibilidad cuando se asienta en la presencia de dos condiciones y c - punibilidad cuando se supera el plazo y no concurre ninguna de las indicaciones.

- a) La atipicidad se verifica cuando las personas con capacidad de gestar lo practican hasta la semana catorce inclusive del proceso gestacional (artículo 86 primer párrafo)
- b) La no punibilidad se verifica cuando las personas con capacidad de gestar lo practican:
 - i por ser el embarazo producto de una violación (artículo 86 – 1)
 - ii si estuviere en riesgo la vida o la salud de la persona gestante (artículo 86 – 2)
- c) Será punible cuando se haya superado el plazo de catorce semanas y no se verifique ninguna de las dos condiciones o indicaciones.

En relación con los terceros que provocaren dolosamente la muerte del feto con consentimiento de la persona gestante, sólo serán punibles si lo hicieren superando el plazo de catorce semanas y sin la presencia de alguna de las condiciones sentimental o terapéutica (artículo 85 – 2)

Cuando la muerte del feto sea producida por un tercero sin consentimiento de la persona gestante siempre será punible (artículo 85-1)

Cuando la conducta dolosa del tercero consistente en ejercer violencias sobre la persona gestante ocasionare la muerte del feto siempre que el estado de embarazo fuere conocido por el autor se verificará el supuesto contemplado en el artículo 87.

Finalmente, los funcionarios públicos, autoridades de establecimientos de salud, efectores o personal de salud que dilaten sin causa, obstaculicen o se nieguen

a practicar un aborto en los casos previstos en el artículo 86 sufrirán las penas previstas en el artículo 85 bis.

XV.- Palabras finales

Mucho se ha avanzado con la sanción de la Ley 27.610, reconociendo la existencia de las prácticas, con total prescindencia de su punición, arrojando la clandestinidad dolorosos resultados en términos de vidas humanas, particularmente de los sectores con menos recursos para acceder a interrupciones controladas por personal médico y desarrolladas en condiciones de asepsia.

La norma penal debía dar respuesta a esta situación, enmarcando las prácticas y asegurando determinados estándares de procedimiento, que impidieran, por otro lado, su neutralización por malas prácticas de los operadores finales del sistema, resultando necesarias las previsiones del art. 85 bis.

Más mucho queda por hacer, varias definiciones por concretar, y un largo camino aún por recorrer en materia de efectivización de los derechos reproductivos mediante procesos que apunten a la formación de las personas en tal materia, ello con el fin de efectivizar, de concretar, la autodeterminación de los involucrados en materia reproductiva.