

Proyecto n°:	200801305	Año:	2008
Tipo:	LEY	Sesión:	19/06/2008
Resumen: PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCION INTEGRAL DE LOS ABORTOS NO PUNIBLES EN EL SISTEMA DE SALUD DE LA CIUDAD.			
Autor:	ALEGRE, GABRIELA		
Bloque:	DIALOGO POR BUENOS AIRES		
Tratamiento:	MUJER, INFANCIA, ADOLESCENCIA Y JUVENTUD - SALUD		

PROYECTO DE LEY

Procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles en el sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Capítulo I Normas generales

Artículo 1°.- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto regular, en el marco de lo establecido por las Leyes 153 y 418, el procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles contemplados en el artículo 86 del Código Penal en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 2°.- Requisitos. Prohibiciones.

La práctica de un aborto no punible se realizará previa constatación por parte del/la médico/a tratante de la existencia de alguna de las causales de no punibilidad previstas en el artículo 86 del Código Penal de conformidad con lo establecido en la presente ley. Para la realización de los abortos establecidos en los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal se prohíbe la imposición de exigencias adicionales tales como la autorización de más de un profesional de la salud, la revisión o autorización por auditores, comités de ética, jueces u otros operadores jurídicos, la imposición de períodos y listas de espera, el consentimiento de terceros, o cualquier otro trámite que pueda representar una carga desproporcionada para la mujer.

Artículo 3°.- Casos de peligro para la vida.

Para la constatación de los casos previstos en el artículo 86 inciso 1° del Código Penal, de peligro para la vida de la mujer causado o agravado por el embarazo que no pueda evitarse por otros medios, el/la médico/a tratante deberá fundar su diagnóstico mediante los estudios pertinentes y en su caso, realizar una interconsulta con otro/a médico/a.

Artículo 4°.- Casos de peligro para la salud.

Para la constatación de los casos previstos en el artículo 86 inciso 1° del Código Penal, de peligro para la salud de la mujer causado o agravado por el embarazo que no pueda evitarse por otros medios, el/la médico/a tratante procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior.

En los supuestos de afectación a la salud psíquica, la interconsulta podrá realizarse a un/una médico/a o a un/a profesional de la salud mental.

En la aplicación de la presente ley se garantiza el derecho de toda mujer al disfrute del más alto nivel posible de salud, conforme lo prescripto por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a la Constitución Nacional.

Artículo 5º.-Casos de violación.

Para la constatación de los casos de violación previstos en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal el/la médico/a tratante deberá solicitar que se le exhiba una declaración de la violación suscripta ante el oficial público del registro civil por la mujer o quien estuviera autorizado a prestar el consentimiento en su lugar, la que se incorporará a la historia clínica conjuntamente con el consentimiento informado, regulado en el Capítulo III de la presente. Si se hubiese efectuado denuncia judicial o policial del delito, bastará con su exhibición y la incorporación de una copia en la historia clínica conjuntamente con el consentimiento informado.

Artículo 6º.- Casos de atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

Para la constatación de los casos de atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente contemplados en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior.

Cuando en el procedimiento establecido en la presente ley se tome conocimiento de la comisión de un delito cuya víctima fuera una niña o adolescente menor de 18 años o una mujer incapaz se deberá dar intervención al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y al Ministerio Público Tutelar, respectivamente, quienes realizarán las actuaciones policiales o judiciales correspondientes.

Artículo 7º.- Plazos.

La práctica de un aborto no punible deberá realizarse dentro de los siete (7) días corridos contados a partir de la solicitud de la mujer o de quien estuviera autorizado a solicitar el aborto en su lugar, salvo causa médica justificada.

Capítulo II Atención integral

Artículo 8º.- Asesoramiento e información.

Inmediatamente después de haberse producido la constatación de alguna/s causal/es de no punibilidad, el/la médico/a tratante debe informar a la mujer embarazada, explicándole de manera clara y acorde a su capacidad de comprensión, la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte, en un marco de privacidad y confidencialidad.

Si la mujer opta por interrumpir el embarazo se le brindará información sobre los requisitos y procedimientos establecidos en la presente ley para la interrupción del embarazo; si opta por continuar el embarazo, se le debe brindar información sobre subsidios estatales, hogares de tránsito, adopción y otras opciones disponibles.

En todos los casos deberá dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado información, debidamente conformada por la gestante.

Artículo 9º.- Tratamiento psicoterapéutico.

El establecimiento asistencial debe brindar a la gestante la posibilidad de acceder a tratamiento psicoterapéutico desde la primera consulta y mientras resulte necesario.

Artículo 10.- Seguimiento.

Antes de que la mujer que se practicó un ANP abandone el establecimiento asistencial se le brindará información clara y acorde a su capacidad de comprensión, oralmente y por escrito, sobre los cuidados que debe adoptar, incluyendo cómo reconocer complicaciones que puedan requerir asistencia médica.

Asimismo se le deberá brindar información y asesoramiento en anticoncepción post-aborto, prevención de ITS, incluyendo el VIH y el acceso gratuito a métodos anticonceptivos de conformidad con lo previsto en la ley 418.

En los supuestos de violación y en los casos de atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente se brindará información sobre la posibilidad de iniciar acciones legales para la investigación y sanción del delito y sobre los servicios de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuitos disponibles.

En todos los casos deberá dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado esta información, debidamente conformada por la mujer.

Capítulo III Consentimiento informado

Artículo 11.- Consentimiento informado

Previo a la realización de la práctica, deberá solicitarse la firma del consentimiento informado por parte de la gestante o quien estuviera autorizado a otorgarlo.

Artículo 12.- Consentimiento de niñas y adolescentes

En los casos de niñas y adolescentes se requerirá la autorización de los padres, tutores o encargados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

En todos los casos los profesionales de la salud deberán oír antes a la niña o adolescente y se procurará conciliar el derecho de la paciente a la autodeterminación con la protección de su salud. Se respetarán las previsiones del artículo 17 de la ley 114, del artículo 24 de la Ley Nacional N° 26.061 y del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En caso de negativa injustificada de sus padres, tutores o encargados a consentir el acto médico, se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del Código Civil.

Artículo 13.- Consentimiento de mujeres con discapacidad mental.

En los supuestos de mujeres con discapacidad mental, declaradas o no incapaces que hubiesen quedado embarazadas como consecuencia de un atentado al pudor, se requerirá la autorización de su representante legal.

Artículo 14.- Casos excepcionales.

En caso de que un solo progenitor tuviera de hecho bajo su exclusivo cuidado a una niña o adolescente o a una mujer con discapacidad mental bastará el consentimiento de aquél para que quede configurado el consentimiento requerido.

En caso de negativa injustificada de sus padres, tutores o encargados a consentir el acto médico, se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del Código Civil.

Capítulo IV Objeción de conciencia

Artículo 15.- Objeción de conciencia.

Todo profesional de la salud tiene derecho a ejercer objeción de conciencia con respecto a la práctica del aborto no punible, la que debe ser declarada a partir de la entrada en vigor de la presente ley o al momento de iniciar sus actividades en el sistema de salud de la Ciudad.

La declaración regirá tanto para su actividad pública como privada.

Las mujeres deberán ser informadas sobre las objeciones de conciencia de su médico/a tratante y/o del personal auxiliar, desde la primera consulta que realicen con motivo del embarazo.

Artículo 16.- Obligación institucional

Todo establecimiento asistencial deberá contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley confiere a la mujer. Los reemplazos o sustituciones de profesionales que sean necesarias para obtener dicho fin se realizarán en forma inmediata y con carácter urgente por las autoridades del establecimiento.

En ningún caso, la sustitución de un profesional objetor de conciencia podrá realizarse en un plazo mayor al de 7 (siete) días corridos contados desde la constatación de las causales de no punibilidad.

Capítulo V Disposiciones finales

Artículo 17.- Sanciones.

El incumplimiento de las disposiciones de la presente ley, las maniobras dilatorias, el suministro de información falsa o la reticencia para llevar a cabo el tratamiento por parte de los profesionales de la salud y las autoridades hospitalarias constituirán actos sujetos a la responsabilidad administrativa, civil y/o penal correspondiente.

Artículo 18.- Interpretación.

En caso de duda acerca del sentido de una norma contenida en esta ley o de su aplicación, se debe adoptar siempre aquel que mejor se compadezca con los derechos de la mujer.

Artículo 19.- Normas técnicas.

Los aspectos vinculados con la atención sanitaria del aborto no punible no regulados en esta ley se regirán por lo establecido en la “Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles” del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsables del Ministerio de Salud de la Nación publicada en octubre de 2007 o la norma técnica que en el futuro la reemplace.

Artículo 20.- Registro

Créase un registro de objetores de conciencia para la realización de la práctica de aborto no punible en el ámbito del Ministerio de Salud donde deberán constar las declaraciones practicadas de conformidad con el artículo 15 de la presente ley.

Artículo 21.- Comuníquese, etc.

FUNDAMENTOS

Sra. Presidenta:

Mediante el presente proyecto de ley proponemos la regulación legislativa del acceso a los abortos que no están penados por la ley en el ámbito del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires, como una prestación vinculada con la atención de la salud sexual y reproductiva (ley 418) y de conformidad con los principios establecidos en la Ley Básica de Salud (ley 153).

Esta iniciativa encuentra antecedentes en la Resolución N°1174-MSGC-07, el predictamen de la Comisión de Salud y Acción Social de la Cámara de Diputados de la Nación en el mes de marzo de 2008 y en la “Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles” del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación que se elaboró gracias a la colaboración de OMS/OPS y contó con la revisión de los miembros del Consejo Asesor del Programa¹ y de prestigiosos miembros del mundo académico –abogados/as y médicos/as-.

En los últimos tres años tomaron estado público diversos casos en los que se negó a las mujeres el acceso al aborto no punible. En estos procesos judiciales los tribunales de las diversas instancias discutieron dos tipos de cuestiones, por un lado, la necesidad de intervención judicial que autorice la práctica del aborto no punible y por el otro, la constitucionalidad del art. 86 del CP.

Las cortes supremas de la Provincia de Buenos Aires -en dos oportunidades-, de Mendoza y de Entre Ríos sostuvieron que la autorización judicial no era necesaria y se pronunciaron en favor de la constitucionalidad de la norma².

¹ María del Carmen Feijóo – UNFPA- Guillermo Carroli –Centro Rosarino de Estudios Perinatales- Silvia Oizerovich – Sociedad Argentina de Ginecología Infante Juvenil- y Mabel Bianco –FEIM-. Esta Guía Técnica se basa en cuatro documentos principales: “Guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, Organización Mundial de la Salud (Ginebra, 2003); “Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)”, Ministerio de la Protección Social, (Bogotá, 2006); “Norma Técnica: Atençaõ Humanizada ao Abortamento”, Ministerio da Saúde, (Brasilia, 2005); y “Aborto Legal: Regulaciones Sanitarias Comparadas”, de Ana Cristina González Vélez, Giselle Carino y Juanita Durán. IPPF/WHO. Octubre 2007. Montevideo. Uruguay.

² Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa “C. P. d. P., A. K.”, LLBA 2005 (diciembre), 1332, y causa “R., L. M.”, LLBA 2006, 895 - Sup. Const 2006 (octubre), 1, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, causa “G., A. R. en: C., S. M. y otros”, LL 2006-E y Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos, causa “Defensora de PYM (en repr. De persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona”, sentencia del 20/09/07, s/p.

Durante el año 2007 y como consecuencia de los casos que tomaron estado público y de un reclamo concreto y sostenido del Movimiento de Mujeres, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires, la Ciudad de Rosario, y la Provincia de Neuquén, dictaron normativa administrativa en la que se establecieron las reglas a seguir por los profesionales de la salud de servicios públicos cuando una mujer solicita la realización de un aborto que encuadra en los supuestos del art. 86³.

Como sabemos, el gobierno de La Pampa vetó la ley provincial que reglamentaba el procedimiento⁴.

El presente proyecto de ley establece el procedimiento aplicable a los casos de aborto no punible reconocidos en el artículo 86 del Código Penal a través de una norma de rango legal, de manera de contribuir a la eliminación de las diversas barreras que obstaculizan el acceso de las mujeres al aborto no punible⁵.

El objetivo final de esta norma es brindar directivas claras al sistema de salud y a los profesionales de la salud involucrados para que estén en condiciones de garantizar los derechos a la salud, a la autonomía reproductiva y a la igualdad de las mujeres que cursan un embarazo que encuadra en alguno de los supuestos del art. 86 del Código Penal.

Por eso, estas normas no pueden generar nuevos obstáculos para las mujeres ni imponerles cargas desproporcionadas, sino que por el contrario se formulan para dar certeza a los prestadores del servicio de salud y para crear condiciones para el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres.

Por eso, la ley que proponemos establece un procedimiento y requisitos básicos que se complementarán en todo lo no reglado específicamente – particularmente en aquellas cuestiones esencialmente médicas- con la Guía Técnica aprobada por el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación en el mes de octubre de 2007.

Yendo al contenido concreto del proyecto, de acuerdo con el propio texto del art. 86 y la normativa constitucional en juego proponemos que la certificación de las causales de no punibilidad se realicen por un solo médico/a –en su caso, en interconsulta con un profesional de la salud especializado-, descartando la intervención de un equipo interdisciplinario o de de comités de ética, para superar de este modo las iniciativas propuestas hasta el momento.

Los profesionales de la salud realizan infinidad de prácticas médicas inclusive mucho más complejas que un aborto sin requerir a equipos multidisciplinarios ni solicitar la intervención de comités de ética. Imponer la participación de un número

³ Resolución N°304/07 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, del mes de enero de 2007, Resolución N°1174/07 del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del mes de mayo de 2007 y Ordenanza N°8186 dictada por el Consejo Deliberante de la Municipalidad de la Ciudad de Rosario, Santa Fe, en junio de 2007.

⁴ Según información de prensa del 18/12/07, el gobernador vetó el proyecto aduciendo razones formales vinculadas con la interpretación restrictiva en materia penal – olvidando que la interpretación debe ser restrictiva si se trata del tipo, no de las eximentes o atenuantes- y la competencia para modificar los códigos de fondo – dejando de lado que la norma era de forma y que había sido dictada para garantizar el acceso a la salud de las mujeres-.

⁵ Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF-RHO) Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas, 2007, Recomendaciones para la formulación de regulaciones que garanticen el acceso al ILE. pág. 146 y siguientes.

mayor de profesionales de la salud o de otras instancias de discusión y decisión se constituye en un requisito adicional innecesario y dilatorio.

En los supuestos de afectación a la vida o a la salud seguimos expresamente las definiciones ya adoptadas por la resolución vigente del Ministerio de Salud, en tanto aclaran que el peligro para la vida o la salud puede ser causado o agravado por el embarazo. Esta fórmula también se repite en el proyecto de la Nación.

En casos de peligro para la salud psíquica de la mujer, proponemos que la interconsulta pueda realizarse con un profesional de la salud mental.

Aclaremos también que el concepto de salud debe ser interpretado de acuerdo con la normativa constitucional vigente, es decir, de conformidad con la definición del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya adoptada por la Corte Suprema en numerosas oportunidades⁶, esto es, un concepto de salud que abarca el estado de completo bienestar, y no solo la ausencia de enfermedades.

Asimismo, proponemos prohibir de manera expresa la imposición de cualquier exigencia adicional a las ya establecidas en la ley que pueda significar una carga desproporcionada para la mujer: autorización de más de un profesional de la salud, revisión o autorización por auditores médicos, comités de ética, jueces u otros operadores jurídicos, la imposición de períodos y listas de espera, la autorización de la pareja, marido, etc.

Entendemos que este criterio interpretativo –tomado de la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana, que dio lugar a la regulación del aborto no punible que rige hoy en ese país de la región y de las normas dictadas en su consecuencia⁷- debe servir de guía para todos los profesionales de la salud que intervengan en un caso de ANP.

En este punto cabe recordar especialmente que los casos que llegaron a tomar estado público se judicializaron, entre otras razones, porque los profesionales o los comités de ética de los servicios negaron la realización de la práctica sin una autorización judicial previa, que no es requerida en absoluto por el Código Penal.

Aquí es interesante traer a colación el dictamen de la Procuración General de la Ciudad que ya en el año 2004 indicó a un efector de la Ciudad que no se requería autorización judicial en este tipo de casos y que debe realizarse la interrupción del embarazo si se dan los supuestos previstos en la norma.⁸

También proponemos establecer un plazo máximo para la realización de la práctica desde el momento en que ésta es solicitada por la mujer o por la persona que estuviera autorizada por el marco legal para hacerlo, en el entendimiento de que las demoras aumentan y prolongan el riesgo físico y de muerte como también el sufrimiento psíquico de las mujeres que han decidido interrumpir el embarazo.

Por otro lado, en lo referente a los supuestos de no punibilidad, el proyecto propone una interpretación del inciso 2 respetuosa de los derechos

⁶ Ver por ejemplo, “Campodónico de Beviacqua Ana c/ Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco de Drogas Neoplásicas”, Fallos 323:3235, (2000).

⁷ Decreto presidencial N°4444-06 y Resolución N°4905-06.

⁸ Dictamen PG- N°26443/04.

constitucionales en juego, en especial la autonomía y la salud de todas las mujeres que resultaron embarazadas como consecuencia de una violación.

Esta interpretación no es antojadiza sino que surge, al menos, de dos vertientes interpretativas: una vinculada con la exégesis de la propia norma penal –literal e histórica- y otra que la vincula con la normativa constitucional en juego, interpretación que fuera recogida, por ejemplo, por la Procuradora General de la Provincia de Buenos Aires y por una de las juezas de ese tribunal – la ministra Hilda Kogan- en la causa R.L.M citada más arriba.

En ese caso, la Procuradora analiza extensamente el inciso segundo del artículo 86 del Código y concluye:

“Tengo que dar acogida favorable a la interpretación incoada por gran parte de la doctrina que entiende que el delito de aborto tipificado en el artículo 86 segunda parte, no pune los delitos de aborto en los cuales el embarazo, que se pretende interrumpir, son consecuencia de un ataque contra la integridad sexual a la mujer y no producto del libre accionar. (entre otros, Soler, Donna, De la Fuente, Abraldes).

A dicha conclusión arriba luego de analizar que a raíz de las diferentes fuentes utilizadas se plasmo en el artículo una frase que no tiene asidero, toda vez que el “atentado al pudor” del que se habla no figura en otra parte del código. Es decir, que cuando el artículo habla de “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor”, debe entenderse como “de una violación o de acceso carnal” conforme explicité renglones arriba.

Reforzando dicha posición, “tampoco podría admitirse una interpretación de la disposición penal que frente a una violación permitiera dar muerte al fruto de la concepción, ante la presunción del nacimiento de una persona insana, y, a su vez, sancionar ese mismo resultado cuando se produce sobre un feto concebido por una mujer sana” (Edgardo Donna, op. Cit., p. 196).

Dicha inteligencia, implicaría violentar tanto el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, como todos los tratados con jerarquía internacional suscripto por la Argentina.

Por otra parte, si se entendiera que el artículo 86, inciso 2 del CP solamente prevé el aborto eugenésico, se debería aceptar, el fin histórico de dicha norma, esto es, la protección de la “pureza de la raza humana”. Sin embargo, esta inteligencia no puede sino ser rechazada in limine. Es decir, la sociedad de hoy, no es la misma que al momento de sancionarse la norma, y en consecuencia lo mismo sucede con sus valores. Por ello, y a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra constitución como por los tratados internacionales, entiendo necesario reinterpretar el artículo. Por ello, me veo inclinada a sostener que el artículo 86, inciso 2, exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual.

Esto no significa desconocer el derecho a la vida sino reconocer el valor de todos los seres humanos, con las limitaciones que su condición conlleva y con lo que el ordenamiento jurídico puede exigirle a cada ser sin destruirlo...”.

Por su parte, la Ministra Kogan sostuvo:

“...Como señalé es un debate histórico si el inciso 2º de esta norma contiene dos supuestos distintos o uno sólo. Es decir, si se prevé por una parte la no punibilidad en el caso de que el embarazo provenga de una violación (llamado por la doctrina aborto "sentimental" o "humanitario"), y por otro se regula el caso de la mujer

que haya sido víctima de un atentado al pudor y que presente las incapacidades mencionadas, (denominado aborto "eugenésico") supuesto en el que se exige consentimiento del representante legal para proceder; o si la ley establece como única causal de exclusión de la punibilidad del aborto el supuesto de una violación de una mujer idiota o demente.

12. Entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", *La Ley* t. 26, p. 977, y *Libertad de amar y derecho a morir*, Ed. Historia Nueva, 3º edición, Madrid, 1929, p. 93; Molinario, Alfredo, *Tratado de los delitos*, Ed. Tea, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, 1996; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Ed. Tea, 11º reimpresión total, Buenos Aires, 2000; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 16º edición actualizada por Guillermo Ledesma, p. 82 y ss.; González Roura, Octavio, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Ed. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 38; Ghione, Ernesto V., "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", *La Ley*, t. 104, p. 777 y ss.; y más actualmente, Bujan, Javier y De Langhe, Marcela, *Tratado de los delitos* t. I, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 462 y ss.; Tabernerero Rodolfo, "El aborto por causas sentimentales", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-IV p. 941 y ss.; y finalmente mencionaré a Cuello Calón, Eugenio, *Tres temas penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, p. 85. En el prólogo de esta obra ha afirmado alejarse de ideas antes sustentadas. Ese autor generalmente había sido citado entre los adeptos de la tesis restrictiva (v. p. ej. Soler, ob. cit. p. 113 nota 52); sin embargo, la obra que ha servido de apoyatura, *Cuestiones penales relativas al aborto*, Ed. Bosch, Barcelona, fue publicada con anterioridad, en 1931.

13. Por su parte, entre los seguidores de la postura que considera que la norma del inciso 2º se refiere únicamente al aborto llamado históricamente "eugenésico" se encuentran Peco, José, "El aborto en el Código Penal Argentino", *Revista Penal Argentina*, t. VI, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, p. 185 y ss.; Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 390; Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico", *Jurisprudencia Argentina*, 1946-IV, p. 22; Daien, Samuel, "Carácter Eugénico del art. 86 inc. 2º del C.P." *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*, t. XV, 1944, v. II, p. 373 y ss.

14. Los partidarios de la tesis unitaria han sostenido centralmente los siguientes argumentos:

a) Si el Código hubiese querido contemplar el caso de aborto de una mujer sana, cuyo embarazo provenga de una violación -es decir, si hubiese querido distinguir dos supuestos distintos de sujeto pasivo- habría colocado una coma luego de la palabra "violación".

b) Cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido" involucra la interpretación unitaria, pues no podría haber exigido el consentimiento de un representante si la mujer es capaz.

c) Diversas razones vinculadas a la terminología utilizada por el legislador al hablar de "o de un atentado al pudor" y su equiparación con el "abuso deshonesto", según el texto originario del art. 127 del Código Penal.

d) Por último, se ha alegado que las razones que fundamentan el aborto "eugenésico" se encontraban presentes especialmente en la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado y que -según sus seguidores- resultan razonables, pero no se explican cuales son los fundamentos que permitirían aceptar la impunidad del aborto sentimental.

15. Para rebatir estas argumentaciones se han formulado sintéticamente las siguientes:

i) Se ha sostenido que este argumento parte de dos errores. El primero de índole gramatical y el otro, sobre la interpretación de la norma que fue utilizada como antecedente por la primera Comisión de Códigos del Senado, el art. 112 del Anteproyecto del Código suizo de 1916.

Por una parte, no resulta necesario agregar una coma para separar dos supuestos cuando se utiliza la conjunción disyuntiva "o". Esta cumple la función gramatical de la coma al separar los dos aspectos de la frase. Una coma en ese lugar no agrega nada al sentido de la oración. Como ha entendido Jiménez de Asúa (cf. obra cit., p. 987), aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van anteceditas de ese signo.

De otro lado, en el antecedente originario era indispensable la coma para separar dos de los tres casos que figuraban en el texto suizo. El aborto no era punible "si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto". Como bien se aprecia, en el texto del Anteproyecto suizo había una coma, pero no la conjunción "o". (v. en tal sentido Ghione, obra cit., p. 779)

ii) Con base en el argumento brindado por Jiménez de Asúa, Ghione concluye que es acertado considerar que la función de la frase final del art. 86 del Código Penal se refiere sólo al consentimiento del representante legal cuando se trata de un atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente. Ello pues, el antecedente suizo estaba obligado a individualizar expresamente "si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido..." porque tal hipótesis en la enumeración precedente era seguida de otros supuestos (mujeres inconscientes, incapaces de resistir, etc.) y no procedía indicar "en este caso". En cambio, en el art. 86 hubiera resultado redundante volver a referirse exactamente al supuesto indicado inmediatamente antes. En palabras de Ghione "hubiera implicado falta de sintaxis" (obra cit., p. 783).

Efectivamente como reconoce este autor, si se sostiene como cierto que el artículo es bivalente (es decir que previó no solo el aborto "eugenésico", sino también el "sentimental") ha quedado sin contemplar el consentimiento del representante legal cuando la víctima de la violación fuese menor de edad. Sin embargo, y más allá de cualquier consideración respecto de este supuesto, es pertinente indicar que una omisión semejante no aparece como una buena razón para descartar el aborto sentimental, como erróneamente han entendido los partidarios de esa tesis. Claramente, en la misma omisión incurrió la norma antecedente del anteproyecto suizo, a pesar de que ese texto no dejaba margen de dudas sobre la inclusión del aborto en caso de violación (obra y p. cit.).

La expresión "en este caso" también parece beneficiar a los portadores de la tesis amplia, se afirma con razón, pues aun cuando el legislador hubiera establecido otras opciones como "en este último" o "en el segundo caso" (conforme argumentan los preconizadores de la postura univalente), la norma permanecería portando la misma ambivalencia. Mas parece ser que la razón y sentido de la locución ha de encontrarse en el reemplazo de la frase "si la víctima es idiota o enajenada" por motivos estrictamente gramaticales, como fue mencionado (cf. obra cit., p. 785).

iii) Los diversos rodeos que habría hecho el legislador para hablar de "atentado al pudor" en lugar de indicar "abuso deshonesto" no encuentra ningún asidero. Al contrario, el motivo de esa aparición -inédita- en nuestro Código, no es otra que la incontestable copia del Anteproyecto Suizo de 1916 (cf. obra y p. cit.). Así, entonces "... con Soler, Jiménez de Asúa, Ramos y Fontán Balestra, ... cuando en el art. 86 inc. 2º se habla de atentado al pudor, se está previendo la violación de la mujer idiota o demente. Ello porque ése es el sentido que tal expresión poseía en el Anteproyecto ... que nuestro legislador reprodujo literalmente... Al copiar no se advirtió

que el "atentado al pudor de mujer idiota o demente" ... está separado, en el derecho suizo, de la violación que llamaríamos propiamente dicha, o sea mediante fuerza ... y que allí se justificaba la doble mención, destinada a prever los casos que en nuestro derecho hubieran quedado correctamente incluidos con la sola utilización del vocablo violación" (cf. Ghione, obra cit. p. 786).

iv) Respecto de que las únicas razones que pueden ser consideradas son las que justifican el aborto eugenésico (de acuerdo especialmente con los fundamentos de la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del senado) correspondería advertir una incoherencia lógica del legislador al dejar impune aquel aborto con fin eugenésico sólo cuando proviene de un acto ilícito. En otras palabras, ¿Por qué si el fin eugenésico era el único al que el legislador prestó atención no ha, en consecuencia, previsto en el código directamente la impunidad del aborto de la mujer falta de razón y ha impuesto como condición de que el embarazo provenga de un delito? O el caso de una violación de idiota o demente sobre una mujer sana? Por cierto, si bien estas omisiones no alcanzan para descartar el fin eugenésico, tampoco resultan de peso para desechar la tesis amplia otras omisiones como la del consentimiento del representante legal en el caso de mujeres menores de edad, o, por ejemplo, la exclusión del estupro prevista en el art. 120 del Código originario (aunque, probablemente concurren otras razones para explicar la exclusión de este último ejemplo, cf. Ghione, obra cit., p. 784).

También han sido descartados estos argumentos, (cf. Ghione, V., obra cit., 781) sobre la base de advertir que la Exposición de Motivos que se ha considerado relevante para fundar una u otra postura ha sido la de la primera Comisión del Senado, cuando ciertamente el art. 86 ha sido producto de la reforma que le efectuó la segunda Comisión, siempre contando con el antecedente suizo -el que sin lugar a dudas- incluía el aborto sentimental.

v) Por último, en esta línea argumental corresponde señalar una razón que se desprende de la propia estructura del art. 86 del Código Penal.

El segundo párrafo de la norma contiene un enunciado general en el que exige el consentimiento de la mujer embarazada (como condición de que el aborto practicado por un médico diplomado quede impune, aspectos que no son relevantes en esta argumentación).

Luego establece los dos incisos en los que ese recaudo deberá verificarse. El primero, es el que regula el caso del aborto terapéutico. El segundo, el que nos ocupa.

Si el consentimiento del representante legal que se especifica en este inciso se refiriera a toda su extensión (es decir, según la tesis restringida al único caso de que el embarazo proviniera de una "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente") ¿qué sentido cabría asignar, para este inciso, al consentimiento de la mujer embarazada que prevé el enunciado general? Evidentemente ninguno. Por tanto, carecería de sentido que el Código coloque bajo un enunciado general un caso que queda, a priori, excluido de la propia regulación. He aquí, entonces, otra buena razón para coincidir con las ya suficientes explicaciones de los adeptos a la tesis amplia...".

De acuerdo con la Constitución, son las mujeres las que deben decidir si continúan o no con sus embarazos en estos supuestos. El Estado –mediante la amenaza de una sanción penal- no está habilitado a decidir por ellas, a imponerles un sacrificio heroico. Si así lo hace, vulnera no sólo el principio de autonomía en el que se funda nuestra democracia constitucional, sino también el de inviolabilidad de la persona, que proscribe imponer a los sujetos sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio, que prohíbe, para decirlo de una manera más sencilla, tratar a las

personas como meros medios para la consecución de ciertos fines, aunque sean valiosos⁹.

Como señala el Ministro de la Corte bonaerense Dr. Roncorini en el caso C.P.d P., A.K, en relación con el respeto de estos principios en los casos de aborto no punible:

“...Una madre acaso decida no tomar un medicamento que es vital para su salud, pero que es dañoso para la de su hijo. Otra madre puede pensar que es mejor afrontar el riesgo de morir que el de no tener descendencia. Sin embargo, la ley no habrá de penarlas si su decisión es distinta; y no me refiero a una ley recién sancionada, de esas que cambian todos los años, sino a una regla que siempre ha estado presente en nuestro derecho, y que recogen casi todas las legislaciones del mundo.

Las leyes que exigen el heroísmo propio de los santos, requieren que los encargados de aplicarla tengan la crueldad propia de los demonios...”

Como señalé más arriba, en el año 2006 la Corte Constitucional Colombiana dictó la sentencia C-355/06 mediante la cual dispuso que en los casos de embarazo producto de una violación, no podía existir penalización, ya que esto constituía una flagrante violación a la dignidad humana. Colombia cuenta con normativa constitucional y civil similar a la nuestra, y de la misma manera que Argentina ha incorporado a su bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos, por eso, creo que no es ocioso citar las conclusiones de su máximo tribunal constitucional.

La Corte colombiana sostuvo claramente:

“...ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal.

Sobre la grave afectación de la dignidad humana y la autonomía de la mujer embarazada en estos casos cabe citar algunos apartes de la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001:

“Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar

⁹ Ver Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*, Ed. Astrea, 2º ed. 2005, pág. 237 y siguientes, *El principio de inviolabilidad de la persona*.

impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación¹⁰.”

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos...”¹¹

Por último, quiero referirme a algunas normas específicas que también introducen variaciones o profundizan la normativa ya sancionada en otras jurisdicciones o a los proyectos que se encuentran en discusión.

Por un lado, en el caso de violación o del caso de atentado al pudor cometido sobre mujer demente o idiota, el proyecto prevé que la constatación se efectúe teniendo en cuenta la declaración de la mujer o de la persona que esté autorizada por el sistema legal a prestar el consentimiento en su lugar, efectuada ante el oficial público del registro civil.

De esta manera, no exigimos la denuncia penal ni tampoco la intervención de los médicos forenses.

La persecución del delito de violación depende de instancia privada. Esto quiere decir que la investigación estatal del delito solo se iniciará si existe denuncia por parte de la víctima y esta denuncia no es obligatoria, las víctimas pueden decidir denunciar o no, y para eso cuentan con plazos relativamente extensos vinculados con la prescripción del delito. Por eso, resulta contradictorio que el Estado exija que se efectúe una denuncia penal o policial como requisito para la realización del aborto, esto es, para satisfacer el derecho a la salud y a la autonomía de la interesada. No se debe confundir el procedimiento judicial, que puede darse o no, de acuerdo con la voluntad de la mujer, con la atención de la salud de las interesadas.

Otras iniciativas proponen la intervención de médicos forenses para la constatación de la violación. Sin embargo, creemos que esto constituye una carga desproporcionada e injusta sobre la mujer: si no se le exige la denuncia penal, mucho menos la intervención de los médicos forenses, que normalmente actúan en el marco del

¹⁰ Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-355/06.

proceso judicial y siempre que la denuncia se efectúe inmediatamente después de la violación. De acuerdo con el grado de violencia del delito, es altamente probable que existan casos en que al momento de la constatación del embarazo ya no queden rastros físicos de la violación, por lo cual la intervención de los forenses tampoco tiene sentido.

Por último, corresponde aclarar que las mujeres que falseen su declaración pueden ser perseguidas penalmente. Los profesionales de la salud que actuaron en función de una declaración respecto de la cual se constata su falsedad no incurrir en delito ya que actuaron con el respaldo de un documento que, de acuerdo con esta norma, se presume válido y que ha sido incorporado en la historia clínica de la paciente.

Por otra parte, proponemos una serie de normas específicas que regulen la manera en que debe brindarse el consentimiento informado previo a la realización de la práctica. En el caso de niñas y adolescentes, recogemos la normativa constitucional y legal vigente que prevé la obligación de tomar en cuenta la opinión de la persona menor de edad. En el caso especial de que un solo progenitor tenga bajo su exclusivo cuidado a la mujer con discapacidad mental o a la niña o adolescente, remitimos expresamente a la solución prevista en el Código Civil.

El proyecto también dedica un capítulo a la regulación de la objeción de conciencia como derecho individual de los profesionales de la salud que no puede ejercerse a nivel institucional. Expresamente contemplamos que en los casos de urgencia, no es posible alegarse la objeción de conciencia y que no puede impedir a la mujer el acceso a los derechos contemplados en la ley y en la Constitución.

Además, contemplamos la información y prestaciones que debe ofrecerse a las mujeres luego de la constatación de alguna de las causales y también después de la realización de la práctica.

Por último, incluimos un artículo que establece el principio que debe primar en la interpretación y aplicación de la norma: los profesionales de la salud intervinientes deben adoptar siempre aquella que mejor se compadezca con los derechos de la mujer.

Por los motivos expuestos, solicitamos la aprobación de este proyecto de ley.