



Asociación de Abogados de Buenos Aires

2010-13
13-07-10

Declaración de la
Asociación de Abogados de Buenos Aires

Sobre los proyectos de ley referidos a la despenalización del Aborto

LA Asociación de Abogados de Buenos Aires expresa su apoyo al tratamiento de los proyectos de ley obrantes en la Cámara de Diputados de la Nación que versan sobre la despenalización del delito de aborto y exhorta a la pronta sanción de la ley que modifique el Código Penal en sus artículos 85, 86 y 88, en base a las consideraciones que se formulan luego del estudio de las iniciativas con estado parlamentario por parte de las Comisiones de Derecho Penal, Derechos Humanos, Derecho Civil, Derechos de la Mujer, Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes .

I.- El tema que nos convoca se encuentra íntimamente vinculado al de los derechos reproductivos y en tal sentido debemos tener presente que ellos se refieren a una cuestión que es crucial en la vida de la sociedad, como la cuestión de la sucesión de las generaciones. Como manifiesta Martha Rosenberg¹, la sucesión de las generaciones es un problema político de primer orden y, por lo tanto, nunca es dejado a la espontaneidad en ningún sistema político. En este sistema el grado de autonomía de las decisiones reproductivas influye, es decisivo en la calidad de la participación de las mujeres en la vida social y en la vida política. El apoderamiento de la potencia reproductiva, de la capacidad reproductiva del cuerpo de las mujeres, es el fundamento y la base del sistema patriarcal que remite a la inequidad de género, desnuda las problemáticas de la salud pública; reformula la dimensión de lo público y lo privado; explicita la escisión placer/reproducción, pone en paréntesis el modelo de familia hegemónico, redefine la libertad de las mujeres para decidir sobre su destino y elecciones y sobre todo, revierte la lógica de una sexualidad normativa y "natural"².

II.- En nuestra legislación el aborto es sancionado penalmente. En tanto la doctrina nacional ha definido al aborto como "la muerte inferida a un feto"³, el Código Penal tipifica en el art. 85 la figura del aborto pero sin dar un concepto del mismo, sólo se limita a decir: "el

¹ Rosenberg, Martha, Lucha por el derecho al aborto, (Josefina Fernández, Mónica D´ Uva, Paula Viturro, comps.) Cuerpos ineludibles, un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina, Ediciones de Ají Pollo, Argentina. pág. 55 y 56.

² Gutierrez María Alicia, Silencios y Susurros: la cuestión de la anticoncepción y el aborto, Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico Facultad de Derecho, Vol. XXXVIII, septiembre-diciembre 2003, N° 1. pág. 263.

³ Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", t. III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, p. 110.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

que causare aborto". Y a continuación establece una serie de figuras: aborto sin consentimiento de la mujer y no consentido y seguido de muerte⁴; aborto agravado por profesional⁵, aborto preterintencional⁶; y aborto propio o consentimiento en el propio aborto⁷.

Se castiga como autor del delito de aborto a quien lo provoca, sin embargo gradúa la pena tomando en consideración si se obró o no con el consentimiento de la mujer y, en ambos casos se agrava la pena si el aborto fuere seguido de la muerte de ésta. Es considerada como autora la mujer que causa su propio aborto o la que consiente en que otro se lo cause.

A su vez, el art. 86 del Código Penal tiene dos excepciones que autorizan a la realización de un aborto: en casos necesidades de salud y en aquellos casos donde el embarazo ha sido producto de violencia sexual, engaño o inexistencia de voluntad. El citado artículo en sus incisos incs. 1 y 2 prescribe que: "...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

La interpretación de este artículo no fue pacífica, sucediéndose debates doctrinarios a lo largo de los años respecto de él y a lo que estaba o no penalmente prohibido por el mismo.

III.- De un análisis de la jurisprudencia en el tema puede deducirse que el aborto ya practicado es un hecho irremediable en el que sólo quedan por ver las condiciones que lo justifican; sin embargo frente a las excepciones expresamente previstas por la ley existe cierta tendencia restrictiva. Hasta hace poco, a la mujer que solicitaba una autorización para abortar, casi ninguna circunstancia le era tenida en cuenta. Allí lo primordial es salvar al feto⁸.

¿El derecho penal resuelve el problema del aborto? Desde la doctrina se viene manifestando que la utilización de la conminación penal origina consecuencias paradójicas⁹, a la vez que se remarcan varios factores de despenalización de las conductas abortivas

⁴ Art. 85 inc. 2 C.P.

⁵ Art. 86 C..P.

⁶ Art. 87 C.P.

⁷ Art. 88 C.P.

⁸ Cardinaux, Nancy, Aborto: ley vs. Jurisprudencia, JA 1995-IV-965

⁹ Vargas, Luis Alberto: "El aborto desde el punto de vista antropológico", en El aborto: un enfoque multidisciplinario, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1980, pág. 161.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

consentidas¹⁰.

Respecto de las consecuencias o implicancias de la penalización, se ha destacado que el carácter delictivo del aborto propicia la clandestinidad y da lugar a un mercado negro en el que el precio de la intervención resulta exagerado¹¹. Las mujeres, con incriminación o sin ella, abortan como lo reflejan las estadísticas¹², traduciéndose en la destrucción de la vida de las mujeres pobres. La realidad sociológica de prácticas abortivas consentidas nos muestra que la opción es entre la vida y la muerte de esas mujeres. Resulta elocuente como se considera que terminar un embarazo implica matar al feto, mientras que no hacer nada al respecto no implica matar a la madre sino dejarla morir. Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción siempre será condenable.

Aunque resulte paradójico, la penalización del aborto, lejos de proteger la vida humana en formación (que entre comillas sería el bien jurídico tutelado), aumenta su desprotección, lo cual neutraliza toda posible justificación de la existencia de la figura delictiva. La mujer embarazada que desea abortar es colocada en una situación de soledad en la que no habrá voces médicas ni psicológicas que puedan ayudarla. Abortará en las peores condiciones, se enfrentará a la difícil situación atormentada y en soledad¹³.

La simultánea ilegalidad e impunidad del aborto podría llevarnos a considerar que no existe la convicción de que sea ilícito. La injusticia del aborto es el tema sometido a debate mundial; hecho que ocurre en el caso del aborto, pero no en los casos de homicidio o de robo.

¹⁰ Perez Duarte y Noroña, Alicia Elena, en ob. Cit. págs. 34 a 41.

¹¹ Se calcula que el coste del aborto clandestino llega a ser diez veces mayor del que se fijaría en un sistema despenalizado.

¹² En nuestro país se habla de que se realizan entre 500.000 y 1.000.000 de abortos voluntarios al año de manera "clandestina". Según cifras del INDEC el 37% de los embarazos termina en aborto (Cf. Contrainforme de las ONGs argentinas al Comité de la CEDAW: Derechos Humanos de las Mujeres: Asignaturas Pendientes del Estado Argentino. Agosto, 2002). Cifras que teniendo en cuenta que se estiman a partir de la realidad hospitalaria no reflejan la magnitud del problema en su totalidad. A lo que se suma la dificultad de obtener datos confiables con la representatividad, veracidad y mantenimiento de la confidencialidad de quienes los aportan. Ver Pailles, Jorge y Aller Atucha, Luis María: "La práctica del aborto en Argentina", págs. 5 a 10, Marketing y Promoción Social para la calidad de vida, Argentina, 1996.

¹³ Las complicaciones inmediatas más frecuentes del aborto inseguro son la perforación del útero, la hemorragia y la infección. A mediano plazo, la infertilidad es una secuela común. Cf. Ramos Silvina y Gutiérrez María Alicia (editoras), Nuevos desafíos de la responsabilidad política, Cuadernos del Foro Año 4 N° 5, Foro de la sociedad civil en las Américas, CEDES, Argentina, noviembre, 2002, págs. 100 y 101. Ello sin perjuicio del alto riesgo de vida que implica, así cuando se analizan las causas de la muerte de las mujeres, en todo el país se registra un porcentaje del 30,85% como consecuencia del aborto, siendo éste el principal generador de mortalidad materna (Cf. INDEC, 1999).



Asociación de Abogados de Buenos Aires

Se debe resaltar la evolución del criterio político criminal, reflejando que en donde se haya despenalizado el aborto total o parcialmente, se dio un ajuste en la escala de valores de la comunidad, es decir, que la interrupción voluntaria del embarazo ya no ofende las normas culturales ni es considerada como un peligro para la seguridad de la comunidad. Situación ésta que se da en nuestro país como lo demuestran los mencionados estudios de campo realizados por el Cedes.

Es necesario referenciar los problemas de la salud pública y económico social, que se orientan hacia las consideraciones manifestadas en orden a las consecuencias que provoca la clandestinidad del aborto. Esto es, el peligro para la salud y la vida de la mujer y su conversión en un problema económico para el Estado, dado por el alto costo que significa la atención médica de las mujeres que arriban a los servicios públicos de asistencia con serias complicaciones producto de abortos mal realizados¹⁴.

IV.- En un Estado democrático el derecho penal, sólo debe ser utilizado cuando aparece como un medio idóneo, necesario y proporcional para la protección de los bienes jurídicos.

Andrés Gil Domínguez¹⁵, analiza desde el punto de vista de la teoría de la pena, si mediante la tutela penal se protege de manera adecuada y eficaz, a la vida humana en formación revisando a tal efecto la factibilidad de la tutela penal, a la luz de las teorías retributivas, de prevención general y de prevención especial. Y en tal sentido, muestra como la penalización del aborto no encuentra ningún sustento.

Desde la teoría de la prevención general, la conminación penal de una conducta encuentra su fundamento en los efectos intimidatorios que ejerce sobre el conjunto de la sociedad. De la cifras de aborto clandestinos y la mínima existencia de procesos penales se sigue que la penalización del aborto no disuade ni intimida a nadie.

En una democracia social, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas. Es defendible que una sociedad liberal deba sustentar el criterio de tolerancia (entendido como no exigibilidad jurídica) cuando existe una notable división o pluralidad social. La despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie, y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.

¹⁴ El impacto económico que produce la atención de los abortos complicados en nuestro país es más de \$150.000 diarios. Cf. Pailles, Jorge y Aller Atucha, Luis María ob. Cit. pág. 35.

¹⁵ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 137.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

Una conexión de la realidad social del aborto a la mirada del derecho penal garantista, nos muestra que el uso de las normas penales en los supuestos de abortos voluntarios, no se justifica por los costes que produce. Además de que la existencia de la pena no reduce ni elimina otras reacciones o problemas sociales.

La penalización del aborto, no sólo ha convertido al aborto en una cuestión de salud pública, sino que sus implicancias provocan una redefinición del tema en términos de justicia social y género¹⁶.

En tal sentido, el tratamiento de la mujer en la legislación penal ha estado ligado a la concepción generalizada sobre su rol dentro de la sociedad. Al respecto María L. Londoño¹⁷ señala que el código que ordena la maternidad forzada...corresponde al marco de valores de quienes elaboran las normas. Las legislaciones suelen no tener en cuenta las necesidades de nuestro género. El contenido del derecho, las legislaciones y códigos, tiene origen en personas que no por detentar el poder para elaborarlos o aprobarlos poseen sabiduría para concebirlos.

V.- Una postura defensiva de la libertad de intimidad de la mujer, la encontramos en las palabras de Luigi Ferrajoli: "Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no solo no se encuentra reconocida todavía en ninguna legislación, pues por lo general su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de despenalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal que no puede dejar de contemplar la autodeterminación de la mujer, en orden a la opción de convertirse en madre, porque expresa lo que Stuart Mill llamaba soberanía de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo, porque cualquier decisión heterónoma justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo Kantiano, según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento, aunque sea de procreación para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma, porque sin la experiencia de cualquier otra prohibición la prohibición del aborto equivale a una obligación: la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo, en contraste con todos los principios liberales del Derecho Penal. En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa –no convertirse en madre, por tanto abortar- sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho y el poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así

¹⁶ Aborto y Ética Seminaria re-imaginada, Campaña por la Convención de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, Serias para el debate N° 2, Diciembre 2003, Lima Perú, pág. 81.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 87 y 88. Para un desarrollo sobre el tema ver *Mujer y Derecho, Una aproximación a la situación legal de la Mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú*. María Paz Garafulic Litvak (editora), Chile, mayo 2001.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

decir, constituyente de tipo pre o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad, como en el del aborto”¹⁸.

VI.- La despenalización del aborto desde la perspectiva constitucional, como adelanté, no presenta obstáculos, más allá de cómo se considere el derecho a la vida y la entidad que se le dé a éste en relación al embrión.

En tal sentido, destacamos algunos acuerdos que encuentran expresión en varias voces de la doctrina nacional¹⁹.

Aída Kemelmajer de Carlucci nos dice que: “se puede decir que la vida humana en formación está protegida constitucionalmente y también decir que es constitucional un sistema que despenalice el aborto porque atiende a otro tipo de valores existentes en la sociedad como, por ejemplo, que la realidad sociológica demuestra que los efectos de la penalización del aborto lleva a la destrucción de la vida de las mujeres. El problema del aborto, antes de ser estudiado desde la perspectiva constitucional, ha sido estudiado fundamentalmente desde la óptica del derecho penal, por este motivo, creo que hay que distinguir el problema de la penalización del problema de la protección: no todo lo que está protegido, cuando se lo viola, debe estar penalizado. Creo el tema debe empezar por hacer esta línea demarcatoria, que no todo lo que está protegido aún constitucionalmente, su violación genera sanción penal”.

Eduardo Pablo Jiménez, reza que: “...el hecho de que la Constitución consagre o no el “derecho a nacer”, no significa que las conductas abortivas deban estar incriminadas y sancionadas penalmente por imperativo constitucional. Ello por cuanto, tal decisión es privativa de la política criminal del Congreso, y no una exigencia constitucional. Se puede prohibir sin penalizar; se puede descartar sin obligar. La sociedad democrática debería acostumbrarse a que la sanción penal no sea la única forma de desalentar una conducta. El derecho penal “mínimo” debería ser la antesala de un derecho asistencial, preventivo y educador máximo, que propugne la libertad ciudadana con responsabilidad social”.

Eugenio Zaffaroni se manifiesta en el siguiente sentido: “Hace mucho que sostengo una nítida distinción entre el poder punitivo y el derecho penal: creo que el primero es un hecho político de poder que no tiene legitimidad (es algo así como la guerra), en tanto que el derecho

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías (La ley del más débil)*, Trotta, España, 1999, págs. 84 y 85.

¹⁹ Las opiniones que se citan a continuación fueron extraídas de Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit., capítulo VI.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

penal es el esfuerzo jurídico por contenerlo (algo así como el derecho internacional humanitario)".

Concluyendo, Germán Bidart Campos expresa: "Otro puede ser el problema de si esta tutela constitucional que debe brindarse a la vida humana queda condicionada a aceptar que desde el inicio ya hay "derecho" a la vida titularizado por una "persona" (o sujeto de derecho) por nacer. Entiendo que aun de negarse que la "persona" humana exista desde la concepción y, en consecuencia, negada en ese caso la titularidad de "su derecho" a la vida, siempre habrá que admitir que esa vida humana es un bien jurídico para cuyo desarrollo el Estado está obligado a brindarle protección. En suma, cabe sugerir como posible que no es identificable la vida humana con el "derecho" a la vida, si es que acaso este derecho recién sería antológicamente tal a partir de un breve lapso posterior a la concepción. El derecho penal no es la única vía de protección de bienes constitucionales. La ley penal solamente queda obligada a sancionar penalmente las conductas que están incriminadas en la Constitución o en tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno. En los demás casos, pertenece al razonable criterio del legislador en ejercicio de su política criminal el decidir cuáles bienes jurídicos –constitucionales o simplemente legales- debe dispensar la tutela jurídico penal. Ergo: la Constitución no obliga a la incriminación y sanción penal del aborto".

VII.- En particular, formulamos las siguientes consideraciones sobre los proyectos en análisis:

a) La despenalización y en especial la legalización de la situación que se manifiesta a través de la obligación del Estado de los sistemas de salud de prepagas y obras sociales de prestar asistencia y atención médica a la mujer que solicita la interrupción voluntaria del embarazo.

b) La despenalización del aborto en relación a la mujer en todos los casos. El proyecto de Sabattella y otros, el art. 10 señala expresamente que "En ningún caso será punible la mujer que causare la interrupción de su propio embarazo o consintiere en que otro se la causare". Se derogan los artículos 86 y 88 y se modifica el art. 85 en el sentido que se pena al que causare la interrupción de un embarazo sin el consentimiento de la mujer agravándose la pena en el caso de ser el hecho incriminado seguido de muerte o que se trate de profesionales de la salud los autores del delito.

En el proyecto de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito no se exige de pena expresamente a la mujer que interrumpe su embarazo, pero tampoco se la incrimina cuando el aborto se produzca en circunstancias y/o condiciones distintas de las mencionadas en los artículos en los cuales queda exenta de responsabilidad



Asociación de Abogados de Buenos Aires

penal. Se derogan los artículos 86, 88 y 85 inc.2 con lo cual subsiste la responsabilidad penal de los terceros que practiquen un aborto sin el consentimiento de la mujer.

En ambos proyectos se sigue las tendencias más modernas en cuanto se busca la no punibilidad de la mujer en todos los casos, atento las circunstancias sociales, culturales y económicas en las que se encuentran la mayoría de las mujeres en nuestro país.

Nos parece ilustrativo tomar como ejemplo la ley orgánica 2/2010 española de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo toma este mismo camino. Dispone que el art. 145 del Código Penal queda redactado de la siguiente forma: "1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2.- La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.- 3.- En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación". Y añade el art. 145 bis del Código Penal "1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.- 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.- 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto." Como vemos, en el art. 145 la pena para la mujer se trata de multas, y en el art. 145 bis punto 3. se exime de pena a la embarazada.-

c) Destacamos en especial el proyecto de la Campaña por la forma en que desdobra las condiciones (causales de justificación), la de plazos en el art. 2 y en el art. 3 las que se relacionan con la salud, violación y malformaciones fetales graves, no requiriendo para estos casos trámite alguno. Así lo amerita el contenido de las mismas y los tiempos que requieren tan graves circunstancias para asumir la decisión de interrumpir un embarazo.



Asociación de Abogados de Buenos Aires

d) Es meritorio en ambos proyectos la inclusión del consentimiento informado de la mujer (art. 4 del proyecto de la Campaña, y art. 3 del proyecto del diputado Sabattella y otros).-

e) La introducción de un sistema de consejería, si bien es positiva, puede convertirse en un factor de postergación de efectividad y eficacia de la ley.

f) En cuanto a la objeción de conciencia vista como un obstáculo (pretexto) para no cumplir con la ley es auspiciosa su incorporación en ambos instrumentos.

g) En relación con la técnica legislativa que en materia penal presentan los proyectos, se sugiere que en lugar de describir la conducta permitida se debería describir la conducta prohibida, ya que todo lo que no está prohibido está permitido; por consiguiente se recomienda derogar la norma prohibitiva o modificarla agregando las excepciones, agravantes o atenuantes.

VIII. Por todo lo expuesto esta AABA expresa su apoyo a los proyectos de ley que promueven la despenalización y consiguiente legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones previstas en los respectivos articulados, en especial el proyecto presentado por la "Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito" que debidamente articulado con el proyecto de autoría de Dip. Sabattella y otros, pueden constituir un importante instrumento jurídico en pro de una vigencia efectiva de los Derechos Humanos de las Mujeres en especial de sus derechos reproductivos.

Buenos Aires, 13 de julio de 2010.

Alejandro Guede
Prosecretario

Maria Elena Barbagelata
Vicepresidenta 1º

Eduardo Tavani
Presidente