

# Aborto por motivos terapéuticos: artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino

Observatorio Argentino  
de Bioética





Documento N° 2

**Aborto por motivos terapéuticos:  
artículo 86, inciso 1, del  
Código Penal Argentino**

**Observatorio Argentino  
de Bioética**

Proyecto Bioética  
de la Facultad Latinoamericana  
de Ciencias Sociales  
(FLACSO – Argentina)

Aborto por motivos terapéuticos : artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino /  
Florencia Luna...[et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : FLACSO - Fac.  
Latinoamericana de Ciencias Sociales: CEDES, 2006.  
56 p. ; 24x16 cm.

ISBN 950-9379-10-7

1. Aborto-Sociología.  
CDD 304.667

ISBN-10: 950-9379-10-7

ISBN-13: 978-950-9379-10-7

Esta publicación fue posible gracias al apoyo de FLACSO Argentina,  
CEDES y la Fundación Ford.

Buenos Aires, noviembre de 2006

Contacto:

[nrighetti@flacso.org.ar](mailto:nrighetti@flacso.org.ar)

[direccio@flacso.org.ar](mailto:direccio@flacso.org.ar)

Diseño de tapa e interior:

Andrés Esteban Zapata

[andresesteban@fibertel.com.ar](mailto:andresesteban@fibertel.com.ar)

# Índice

Integrantes del Observatorio Argentino de Bioética	7
Introducción	9
Relato del caso	13
Normas que regulan la práctica legal del aborto	31
Recomendaciones	35
a) Recomendaciones asistenciales	35
b) Recomendaciones legales	36
Apéndice	39
a) Principios que rigen la interpretación en materia penal	39
b) Glosario médico y legal	41
Sentencias	45
Bibliografía	49



# Integrantes del Observatorio Argentino de Bioética<sup>1</sup>

**Martín Böhmer.** Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master of Law, Yale Law School (Estados Unidos). Candidato al Doctorado (J.S.D.c.). Profesor, Universidad de San Andrés y Universidad de Buenos Aires. Director del Área de Justicia del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC).

**Romina Faerman.** Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Master en Derecho (tesina pendiente), Universidad de Palermo. Investigadora del “Grupo Justicia y Género” del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP).

**Florencia Luna.** Doctora en Filosofía, Universidad de Buenos Aires. Investigadora adjunta, CONICET. Coordinadora del Proyecto Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO – Argentina). Ex Presidenta de la International Association of Bioethics (IAB).

**Diana Maffía.** Doctora en Filosofía, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Red Argentina de Género, Ciencia y Tecnología. Directora Académica del Instituto Hannah Arendt.

**Julieta Manterola.** Licenciada en Filosofía, Universidad de Buenos Aires. Candidata al Doctorado, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Docente Invitada de Bioética y Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Los integrantes del Observatorio Argentino de Bioética participan en forma individual y no representan a las entidades a las que pertenecen.

**Raúl Mejía.** Médico, Universidad de Buenos Aires. Doctor, Universidad de Buenos Aires. Jefe del Programa de Medicina Interna General, Hospital de Clínicas, Universidad de Buenos Aires.

**Silvina Ramos.** Socióloga, Universidad del Salvador, Buenos Aires. Estudios de posgrado en el Programa Latinoamericano de Formación de Investigadores del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES). Candidata al Doctorado, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Directora e investigadora titular, CEDES.

**Natalia Righetti.** Estudiante avanzada de Filosofía, Universidad de Buenos Aires. Profesora-Tutora de Bioética (FLACSO – Argentina). Secretaria de Redacción de la revista *Perspectivas Bioéticas*.

**Mariana Romero.** Médica, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad Nacional de Rosario. Maestra en Ciencias en Salud Reproductiva, Escuela de Salud Pública – Instituto Nacional de Salud Pública, México. Candidata al Doctorado, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires. Investigadora Asociada, CEDES. Investigadora Asistente, CONICET.



## I. Introducción<sup>2</sup>

El Observatorio Argentino de Bioética pertenece al Proyecto Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO – Argentina) y su objetivo es promover un enfoque crítico y no dogmático de la bioética en el campo de la salud.

En la Argentina, la coincidencia de ciertas posturas dominantes en las áreas de educación, salud y justicia fortalecieron, y fortalecen todavía, opiniones poco propensas al diálogo. La intención del Observatorio es hacer oír su voz, no sólo ante el conjunto de la sociedad, sino también ante los organismos públicos que regulan y controlan las actividades relacionadas con estas áreas. Su propósito es contribuir al debate público y especializado sobre la salud con argumentos y evidencias. De esta forma, se espera favorecer la construcción de consensos para promover tanto el derecho de las personas a la autodeterminación como la toma de decisiones justas y equitativas en materia de asignación y distribución de recursos. La propuesta es analizar, desde un punto de vista multidisciplinario, las implicaciones éticas, sociales y jurídicas de la tecnología y las decisiones médicas y/o jurídicas aplicadas a la salud, con el fin de sugerir algunas acciones concretas.

El Observatorio se creó a partir de una convocatoria realizada por Florencia Luna, Coordinadora del Proyecto Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO – Argentina). El equipo promotor del Observatorio está constituido por profesionales de diversas disciplinas e inserciones institucionales: Martín Böhmer (CIPPEC), Romina Faerman (CIEPP), Florencia Luna (FLACSO – Argentina), Diana Maffía (Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género – UBA), Julieta Manterola (UBA), Raúl Mejía (Hospital de Clínicas – UBA), Silvina Ramos (CEDES), Natalia Righetti (FLACSO – Argentina) y Mariana Romero (CONICET/CEDES).

La creación del Observatorio se ha inspirado y ha contado con el apoyo del Grupo de Opinión del *Observatori de Bioètica i Dret del Parc Científic* de Barcelona y en especial de su Coordinadora, María Casado. Este Grupo ha elaborado varios documentos sobre cuestiones de tecnología y salud con la inten-

ción de intervenir activamente en el diálogo universidad-sociedad. Ambos equipos, el Grupo de Opinión del *Observatori de Bioètica i Dret* y el Observatorio Argentino de Bioética, trabajan en forma independiente, aunque existe entre ellos una comunicación fluida.

En este segundo documento nos ocupamos del aborto realizado por motivos terapéuticos o, dicho más brevemente, del *aborto terapéutico*.

En la Argentina, el aborto plantea serios desafíos para la salud pública, ya que, pese a estar prohibido, se practica de forma clandestina y, muchas veces, insegura, poniendo en riesgo la vida y la salud de las mujeres. Por esta razón, creemos que la sociedad y el Estado deben debatir este problema y encontrar soluciones que resguarden los derechos de las mujeres.

El artículo 86, inciso 1, del Código Penal argentino expresamente despenaliza el aborto cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. En estos casos, se habla de *aborto terapéutico*. Esta disposición legal no suele aplicarse ni por los médicos ni por los profesionales que trabajan en la justicia, ya sea por desconocimiento o por razones ideológicas. Más aún, en muchos casos, las interpretaciones del Código Penal se apartan de su letra y restringen arbitrariamente su aplicación. Por estas razones, nos parece importante analizar este problema y proveer información sobre los aspectos legales y éticos involucrados en el aborto terapéutico en la Argentina.

Este documento comienza con el relato de un caso hipotético, elaborado a partir de experiencias reales, con el objetivo de acercar al público a una situación concreta. Intercaladas en el cuerpo del relato, se desarrollan algunas reflexiones acerca de las implicaciones médicas, éticas y legales del caso. A continuación, se presenta un apartado referido al marco legal en el que se deben encuadrar los casos de aborto no punible. El documento sigue con una serie de breves recomendaciones destinadas tanto a los profesionales que trabajan en el sistema judicial como a los profesionales de la salud. Por último, se incluye un apéndice que contiene los principios que rigen la interpretación en materia penal y el glosario médico y legal, donde se pueden buscar las palabras resaltadas a lo largo del documento.<sup>3</sup>

## Notas

<sup>2</sup> En este documento, hemos procurado evitar el uso de lenguaje sexista. No obstante, en algunos casos, hemos optado por el uso del género masculino en lugar de incorporar signos como la @ para ofrecer una mayor fluidez en la lectura de los textos presentados.

<sup>3</sup> El Observatorio Argentino de Bioética agradece a Paola Bergallo por su colaboración en la revisión de este documento.



## II. Relato del caso<sup>4</sup>

Julia estaba casada y tenía cuatro hijos. Seis meses atrás, le habían diagnosticado un **cáncer de mama**. Luego de un tratamiento con **quimioterapia**, la operaron y le realizaron una **mastectomía radical modificada**. Los resultados de la anatomía patológica confirmaron el diagnóstico de la **biopsia** prequirúrgica y detectaron que el cáncer se había extendido a los **ganglios linfáticos**.

Al tener un atraso menstrual y una prueba de embarazo positiva, Julia hizo una consulta a su médico ginecólogo. En esa visita, el médico le informó que el embarazo agravaba su pronóstico de salud, ya que conllevaba cambios hormonales que podían acelerar el desarrollo del cáncer. También le dijo que era necesario reforzar el tratamiento de quimioterapia y comenzar con **radioterapia**. Finalmente, le informó que, si continuaba con el embarazo, debía interrumpir el tratamiento, debido a las consecuencias nocivas que éste podía tener sobre el desarrollo del embrión. Por el contrario, si seguía con el tratamiento, era aconsejable interrumpir el embarazo.

### Profesionalismo / Derecho a la información / Derecho a la autonomía

*Reflexión 1: ¿Cuál es el papel del médico en la toma de decisión? En los últimos veinte años, se ha observado un cambio en la relación médico-paciente. De un modelo de atención médica centrado en los aspectos biomédicos y basado en una relación de poder asimétrica, se transitó hacia otro modelo que reconoce no sólo los aspectos biológicos, sino también las dimensiones social y psicológica de la salud de la persona que consulta. En este nuevo modelo, además de la competencia profesional y técnica, tiene una mayor importancia el respeto por las opiniones del paciente y su capacidad para tomar decisiones autónomas en relación con el cuidado de su salud y los métodos diagnósticos y terapéuticos por ser utilizados. Estos nuevos planteos redefinieron la responsabilidad profesional de los médicos. Según el American Board of Internal Medicine, el American College of Physicians, la American Society of Internal Medicine y la European Federation of Internal Medicine, los principios centrales que deben regir la práctica de la medicina son los siguientes:*

• **Principio del bienestar del paciente.** Esto debe estar por encima de cualquier otra cuestión. El altruismo es un elemento fundamental en este principio, ya que implica que el médico debe poner el bienestar del paciente por encima de sus intereses personales.

• **Principio de la autonomía del paciente.** El médico debe respetar los deseos del paciente y alentarlos a tomar por sí mismo las decisiones que hacen a su bienestar sobre la base de la información brindada.

• **Principio de la justicia social.** La profesión médica debe promover la justicia en el sistema de salud. Los médicos deben luchar para eliminar todo tipo de discriminación basada en el género, las ideologías, la condición social, el origen étnico o en cualquier otra condición.

En relación con el caso presentado, y considerando estos principios, el médico tiene la responsabilidad y la obligación de informar a la paciente acerca de los riesgos y los beneficios de las distintas opciones de tratamiento, así como de no realizar ningún tratamiento, tanto para su salud como para la continuidad del embarazo. Resulta claro entonces que el médico debe compartir la información con la paciente y ayudarla a tomar la decisión que a ella le parezca más apropiada, según sus circunstancias personales, familiares y sociales.

### **Reflexión 2: ¿Qué relevancia tiene la información para el paciente?**

Todo paciente tiene derecho a aceptar o rechazar un procedimiento médico. Para poder hacer esto, los pacientes deben tener acceso, en forma clara y precisa, a la información objetiva y actualizada acerca de los riesgos y de las opciones involucradas en su caso. En función de esta información, cada paciente tomará una decisión que será siempre particular y propia. Si el personal médico niega el acceso a información relevante o la provee de forma parcial o inadecuada, impide que las personas puedan tomar una decisión autónoma. En consecuencia, los médicos tienen la obligación ética de informar, y los pacientes tienen el derecho a acceder a información clara, precisa y actualizada sobre todas las opciones posibles, y a tomar decisiones autónomas.

Después de la consulta a su médico, Julia reflexionó sobre su situación. Dado que tenía cuatro hijos, no quería arriesgar aún más su salud y poner en peligro su vida. A pesar de lo doloroso que le resultó, tomó la decisión de interrumpir su embarazo y, poco después, se la comunicó a su médico.

### **Reflexión 3: ¿Quién debe decidir acerca de un procedimiento médico?**

*La autonomía o autodeterminación es una de las consideraciones éticas que plantean los casos de aborto por riesgo para la vida o la salud de la mujer. La autonomía es uno de los principios centrales de la bioética y se la define como el interés en la toma de decisiones significativas acerca de la propia vida, según los propios valores e ideales respecto de lo que es una buena vida (Brock, 1997). Este principio también se refiere a la capacidad de formular un plan de vida, revisarlo conforme pasa el tiempo y seguirlo (Rawls, 1995).*

*En el caso del aborto terapéutico, la autonomía o autodeterminación es fundamental, ya que se trata de una situación en la cual está en riesgo la vida o la salud de la mujer. Las situaciones en las que existe un peligro para la vida de la mujer pueden parecer menos problemáticas, dado que la continuación del embarazo puede conducir a la muerte. Sin embargo, en las situaciones en las que existe un riesgo para la salud, la autodeterminación de la persona tiene un papel central: es la mujer quien debe decidir cuán importantes son esos riesgos para ella y si está dispuesta a enfrentarlos. En este sentido, habrá mujeres que aceptarán cualquier riesgo con el fin de tener un hijo y otras que darán prioridad a su salud, al bienestar de sus otros hijos (si los tienen) o a otras situaciones personales y que, por lo tanto, no estarán dispuestas a correr esos riesgos. Según el principio de autonomía, solamente la persona involucrada tiene derecho a decidir si acepta o no exponer su vida o su salud.*

## Consentimiento informado

**Reflexión 4: ¿Qué es el consentimiento informado?** *Todo paciente, en tanto agente con capacidad para reflexionar y decidir, tiene derecho a tomar sus propias decisiones acerca de lo que se hará sobre su cuerpo y con relación a su vida. En este sentido, el consentimiento informado es uno de los instrumentos éticos más importantes que tiene el paciente para asegurar el respeto de su voluntad, sea ésta de rechazar un procedimiento médico o de aceptarlo. El consentimiento informado es el proceso mediante el cual el personal médico le brinda a cada paciente toda la información relevante a fin de que pueda tomar una decisión por sí mismo.*

Debido a los problemas éticos y legales involucrados, el médico consideró que la solicitud de la paciente podía ser evaluada por el Comité de Bioética del hospital, el cual pidió asesoramiento al Servicio de Ginecología y al Comité de Tumores.

Los informes de ambos servicios recomendaron la realización del aborto terapéutico, debido a que los cambios hormonales producidos por el embarazo agravaban el pronóstico de vida de Julia, de por sí seriamente comprometido por el cáncer.

Una semana más tarde, el Comité de Bioética del hospital elaboró un dictamen, basado en los informes mencionados y en la historia clínica de Julia, cuyos puntos sobresalientes fueron los siguientes:

- El aborto terapéutico es una indicación médica que debe ser informada por el personal médico. En caso de realizarse, debe contar con el consentimiento informado, libre y expreso de la paciente.

- Si bien, de acuerdo con las normas penales vigentes, el aborto es ilegal, el aborto terapéutico constituye una excepción, ya que se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o para la salud de la mujer embarazada.<sup>5</sup>

- El aborto terapéutico no necesita **autorización judicial**, ya que no es punible.

### ***Reflexión 5: ¿Por qué intervino el Comité de Bioética del hospital?***

*Dado que se trata de una práctica que genera dilemas y polémicas de todo tipo, el médico seguramente decidió consultar al Comité de Bioética para evitar problemas a futuro, entre ellos, objeciones a su conducta terapéutica. Sin embargo, cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer, la interrupción del embarazo no requiere la intervención de la justicia ni tampoco la intervención de un Comité de Bioética. Al igual que otras prácticas médicas, involucra solamente al profesional, quien debe informar sobre ella, y a la paciente, quien debe consentirla o no.*

*El Comité de Bioética es un órgano interdisciplinario de consulta sobre los aspectos éticos de los casos clínicos que resultan dilemáticos o controvertidos. La intervención del Comité de Bioética no es obligatoria sino que se origina en la consulta voluntaria del médico y sus resoluciones no son vinculantes. La función del Comité es*



*ayudar al médico a definir el curso de acción correcto frente a un determinado caso, a la luz de los principios de la bioética y de las consideraciones médicas y legales pertinentes. En el caso analizado, si el médico no hubiera solicitado la intervención del Comité de Bioética, se debería haber dejado constancia de la aceptación del procedimiento, en la historia clínica de Julia (aclarando que el médico le había explicado adecuada y satisfactoriamente tanto las consecuencias de continuar con el embarazo como de interrumpirlo y las alternativas posibles).*

Sin embargo, aun frente al dictamen del Comité de Bioética, que avalaba la realización del aborto terapéutico, la Dirección del hospital no autorizó al equipo a realizar el aborto si no se contaba con una autorización judicial. Frente a esta decisión, Julia debió recurrir a la justicia para obtener esa autorización, retrasando aún más la intervención.

**Derecho a la vida / Derecho a la salud / Derecho a la integridad personal / Derecho a la igualdad / Derecho a no sufrir discriminación / Acceso a la justicia**

***Reflexión 6: ¿Es correcto que el hospital se niegue a realizar la intervención y solicite la autorización judicial?*** *Es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos. Este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce del derecho a la salud y a la autonomía. Este requerimiento afecta especialmente a las mujeres de sectores sociales más vulnerables y provoca una discriminación por condición social, ya que las mujeres de mayores recursos pueden, generalmente, acceder a un aborto seguro, practicado en clínicas privadas, o pueden asumir con mayor facilidad los costos de recurrir a la justicia.*

*Por todo esto, la negativa del personal médico a practicar los abortos no punibles vulnera los derechos más fundamentales de las mujeres, entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad y autonomía personales, a la igualdad y a no sufrir discriminación.<sup>6</sup>*

*Es necesario señalar que la despenalización del aborto (establecida expresamente en el artículo 86, inciso 1, del Código Penal) no garantiza por sí misma los derechos de las mujeres. Estos derechos sólo pueden estar garantizados si el Estado pone*

a disposición de todas las mujeres los recursos necesarios para su pleno ejercicio. Esto significa que los abortos no punibles deben poder realizarse gratuitamente en los hospitales públicos sin impedimento alguno. Aun cuando se acepte que los médicos tienen la facultad de alegar la objeción de conciencia para negarse a realizar la práctica, los servicios están obligados a llevarla adelante, ya que la negativa institucional basada en razones de conciencia no es admisible. En consecuencia, se debe asegurar la inmediata derivación de la mujer a otro profesional del mismo servicio de salud o, en último caso, a otra institución que garantice la realización de la práctica.

Por otra parte, si bien el personal médico tiende a solicitar una autorización judicial para practicar un aborto, por temor a sanciones posteriores, muchas veces ignora que esta conducta también es susceptible de ser sancionada, ya que se trata de la imposición de un requisito innecesario que tiene como consecuencia una demora injustificada en la atención de la salud de la mujer. Así, cuando está en juego la vida o la salud de la mujer, la negativa o la demora de los profesionales para realizar un aborto terapéutico podría generar responsabilidad civil y, en algunos supuestos, configurar el delito de abandono de persona, previsto en el artículo 106 del Código Penal.<sup>7,8</sup> Ante estas conductas, los médicos o las autoridades jerárquicas de los hospitales podrían también ser sancionados por incumplimiento de sus deberes de funcionarios públicos.<sup>9</sup> Todo esto, independientemente de la responsabilidad ética de los profesionales. En el mismo sentido, la Procuradora General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Alejandra Tadei, en un dictamen emitido ante la solicitud de un aborto terapéutico, afirma que: “[...] corresponde proceder de acuerdo con lo que indican las reglas de la medicina a fin de salvar la vida de la Sra. XXX, toda vez que la conducta omisiva, si conllevara la muerte de la paciente, traería aparejada además de este gravísimo hecho, la responsabilidad de los médicos y del Estado”.<sup>10</sup>

En el caso “TS”, en el que se discutió la procedencia de la inducción del parto de un feto anencefálico, el juez Maier sostuvo que “se puede comprender, al menos en nuestro país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley. **Con la decisión de no ejecutar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado responsabilidad, pues si resultara, por ej., que el daño en la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al**

**requerir la autorización judicial, ellos deberán hacer frente a esa imputación”.**<sup>11</sup>

En el caso “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que “el inciso 1 del art. 86 del Código Penal no demanda tal autorización de los jueces y no sería prudente que lo hiciera. Si por caso, el cuadro temido se desatara en estos momentos mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insensato que los médicos no actuaran, a la espera de que terminemos nuestras cavilaciones e, incluso, de que se recorran los tramos y los tiempos de un eventual recurso federal. Si eso ocurriera, la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante - o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo - se habría desvanecido, del mismo modo, quizás, que la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna”.<sup>12</sup>

En el mismo sentido, sostuvo que “a la espera de una autorización judicial y sin la decisión de los médicos de actuar lo que su ciencia y arte les indica con la diligencia exigida por las circunstancias del caso, el amparo llegaría tarde y el derecho se habría extinguido. Ni los prestadores del servicio de justicia, ni los prestadores del servicio de salud, habrían dado respuesta en tiempo propio a las necesidades de quien acudió a ellos en procura de proteger el derecho a su salud y su vida. La Provincia de Buenos Aires, a través de los funcionarios de uno y otro servicio, no habría brindado tutela judicial ni tutela médica”.<sup>13</sup> Además, agregó que “entra en el marco de su propia responsabilidad decidir si debe ejecutar o no dicho acto médico y serán siempre las circunstancias de cada caso las que permitirán decir si él respondió a su deber hipocrático. Si concurren las circunstancias que le señala la ley y el mismo ordenamiento ético de su profesión, nada se le habrá de reprochar si lleva a cabo la intervención. Lo mismo si no lo hace, mientras su negativa sea una expresión lícita de su libertad de conciencia y de su libertad de autodecisión (libertad de conclusión o libertad de contratar). Pero **cuando deba actuar inexcusablemente porque así lo imponen la necesidad o la urgencia que no admiten esperas ni dilaciones** (arts. 13 inc. “c”, Cód. de Ética y 19 incs. 1º y 2º, ley 17.132), **su conducta será reprochable e, incluso, en determinados y casi excepcionales casos, puede llegar a tipificar el delito de abandono de persona**”.<sup>14</sup>

Así, la Corte concluye que “ni es admisible que los médicos verbalmente (según refiere la actora a fs. 130) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 del Código Penal, ya por esa suerte de fiebre epidémica de responsabilidad médica, conocida como ‘mala praxis’”.<sup>15</sup>

Según se concluye de lo presentado, para la procedencia del aborto terapéutico, es suficiente la indicación del profesional y el consentimiento informado de la mujer y no se requiere de autorización judicial. Al respecto, Gil Domínguez entiende que “si, en estos casos, el aborto voluntario no es punible, el servicio público de salud debe atender a la mujer demandante y no trabar la solicitud remitiéndola a un proceso judicial” (Gil Domínguez, 2000, pág. 551).

**Reflexión 7: ¿Qué consecuencias tiene para las mujeres el hecho de que los médicos soliciten una autorización judicial para realizar el aborto?** En los casos de abortos no punibles, requerir una autorización judicial obliga a las mujeres a presentarse ante la justicia, con los obstáculos y las dificultades que esto implica. En casos de urgencia, la demora propia del proceso judicial es un inconveniente en sí mismo. Tratándose de un embarazo que afecta la vida o la salud de la mujer, la exigencia de una autorización judicial impide la rápida solución del problema.

En el sistema jurídico argentino, el **patrocinio jurídico** es obligatorio. Por ello, recurrir a la justicia supone disponer de recursos para contratar a un abogado o lograr que los servicios de asistencia jurídica gratuita lleven adelante el reclamo.

Las mujeres con recursos económicos suficientes pueden optar por contratar los servicios de un abogado para que solicite la autorización judicial o, también, contratar los servicios de una clínica privada que no exija esa autorización. En cambio, las mujeres con recursos escasos sólo pueden recurrir a los hospitales públicos para interrumpir sus embarazos. Si se les requiere una autorización judicial, dependen de la posibilidad de acceder a un patrocinio jurídico gratuito, lo cual implica la necesidad de recorrer los distintos servicios de asistencia jurídica gratuita, con todas las complicaciones y los gastos que esto acarrea, sin olvidar los riesgos que implica para la salud de las mujeres, al demorarse la intervención. Por lo tanto, este requerimiento afecta gravemente un derecho básico como es el derecho a la igualdad.

Con respecto al pedido de autorización judicial, Gil Domínguez entiende que “la solicitud de autorización judicial, en los casos de abortos voluntarios encuadrados en el art. 86 del Código Penal, implica, en la realidad argentina, una situación discriminatoria que genera un menoscabo del goce o ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad por condición económica y social. [...] Evidentemente, una mujer con recursos, ante el peligro en su vida o salud o en caso de

*violación, no tendrá que pasar por un tedioso y hasta quizás costoso proceso judicial que la expondrá a la opinión pública, sino que recurrirá a un médico diplomado que consumará la intervención. En tanto las mujeres con menores recursos, ante la solicitud en un hospital público, deberán someterse a un proceso judicial” (Gil Domínguez, 2000, págs. 550-551).*

Luego de dos semanas de espera, el juez que intervino en el caso de Julia rechazó su pedido, alegando que la ley no lo facultaba a intervenir con anterioridad al acto.

***Reflexión 8: ¿Por qué el juez rechazó el pedido de autorización?*** *No todos los jueces autorizan la práctica del aborto aun cuando esté permitida por el Código Penal. Esto responde a diversas razones. Por un lado, algunos jueces tienen criterios restrictivos para la procedencia del aborto terapéutico.<sup>16</sup> Por otro lado, algunos jueces rechazan las solicitudes por cuestiones formales, al entender que no son ellos los que deben decidir sobre este tema. Así, algunos magistrados, luego de afirmar que la decisión está en manos de los profesionales y de la mujer, rechazan, por este motivo, la autorización judicial.<sup>17</sup> De este modo, terminan impidiendo la realización del aborto, dado que el personal médico se niega a practicarlo sin autorización. Los jueces que rechazan la solicitud de autorización judicial por considerar que no es necesaria deberían, en lugar de rechazar el pedido, ordenar a los hospitales y/o a los profesionales que cesen en su conducta ilegítima de requerir una autorización judicial para realizar una práctica médica que no la requiere y denunciarlos por el incumplimiento de sus obligaciones profesionales. Al no hacerlo, generan una situación de denegación de justicia de la que también son responsables.*

*Para rechazar las autorizaciones, estos jueces citan frecuentemente a Bidart Campos cuando sostiene que “o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar una venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica” (Bidart Campos, ED, págs.*

114-184). En los casos de abortos no punibles, la autorización judicial se pide por un exceso de celo del personal médico. Sin embargo, tal como sostiene Bidart Campos, en estos casos, no corresponde solicitar una autorización porque la conducta está despenalizada.

**Reflexión 9: ¿Qué recursos tienen las mujeres cuando un juez rechaza el pedido de autorización judicial?** Cuando los profesionales se niegan a practicar los abortos no punibles, nos encontramos ante un acto de la autoridad pública o de un particular que lesiona los derechos de las mujeres. Ante este tipo de situaciones, procede el **amparo** previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional. En los casos de amparos, los jueces deben intervenir, ya que la no intervención significa una privación del acceso a la justicia.

A modo de ejemplo, pueden mencionarse algunos casos que, si bien no se refieren específicamente al aborto no punible, resuelven cuestiones relacionadas con la autorización judicial y la violación de los derechos amparados en la Constitución Nacional.

En el caso “BA”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Pisano, en su voto respecto de la procedencia de la autorización judicial requerida, citando el caso “TS”<sup>18</sup>, resuelto por la Corte Suprema, afirmó: “Entiendo que sí, ya que la pretensión de la actora está destinada a obtener la protección de un derecho de rango constitucional como lo es su derecho a la salud y la de su grupo familiar puesto en contraposición con la negativa de los médicos a brindarle el tratamiento requerido”.<sup>19</sup>

En el caso “TS” ya mencionado, resuelto por el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, la jueza Alicia Ruiz sostuvo que “a la actora se le exige orden judicial para acceder a su solicitud de inducir el parto. Se trata de un acto administrativo de alcance particular que, por vulnerar directamente el derecho a la salud, de raigambre constitucional, es susceptible de ser atacado por la vía del proceso de amparo previsto en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.<sup>20,21</sup>

En “A. de A., M. L.”, se solicitó autorización judicial para practicar una ligadura de trompas. En este caso, el juez Hoofft sostuvo correctamente que “en base a estos antecedentes, declinar la competencia judicial importaría ‘una verdadera privación de justicia’, tanto más grave por cuanto a causa de ella la salud de la madre podría correr serios riesgos al igual que la del futuro hijo, al tiempo de colocar asimismo en una innecesaria situación de peligro a ocho hijos menores habidos del matrimonio,

*incluyendo el que se encuentra a la fecha por nacer, todos éstos, sujetos de derechos fundamentales que gozan de protección constitucional”.*<sup>22</sup>

*En los casos de abortos terapéuticos, la autorización judicial no es necesaria y la decisión de practicarlo, a partir de un diagnóstico médico, está en manos de la mujer. Sin embargo, si los profesionales se niegan a practicar este tipo de abortos (expresamente despenalizados en el artículo 86, inciso 1, del Código Penal), las mujeres pueden recurrir a una acción de amparo y, si esto sucede, los jueces deben intervenir necesariamente. De lo contrario, las mujeres quedan atrapadas entre la negativa médica y la judicial, situación que vulnera dos veces sus derechos fundamentales.*

Ante este círculo vicioso, en el cual el hospital se negaba a realizar el aborto sin contar con la autorización judicial y el juez se negaba a intervenir antes de que el hecho se produjera, Julia decidió recurrir a un aborto clandestino para resolver su problema.

***Reflexión 10: ¿Cuáles son los riesgos de un aborto clandestino y cuáles pueden ser sus consecuencias?*** *Un aborto inseguro es “un procedimiento para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas que carecen del entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos” (Organización Mundial de la Salud, 1992). Se estima que alrededor de 20 millones, o cerca de la mitad de los abortos inducidos anualmente son abortos inseguros. El 95% de éstos ocurre en países en vías de desarrollo (Organización Mundial de la Salud, 1998). Globalmente, existe una relación de un aborto inseguro por cada 7 nacidos vivos, pero en algunas regiones, la relación es mucho mayor. Por ejemplo, en Latinoamérica y el Caribe hay más de un aborto inseguro por cada 3 nacidos vivos (Organización Mundial de la Salud, 1998).*

*Alrededor del 13% de las muertes relacionadas con el embarazo han sido atribuidas a complicaciones de abortos inseguros. Cuando este porcentaje se aplica a las estimaciones más recientes de muertes maternas en todo el mundo (515.000 para el año 1995, según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud, 2001) corresponde a aproximadamente 67.000 muertes anuales. Además, el aborto inseguro es asociado con considerable **morbilidad**. Hay estudios que indican que al menos una*

de cada cinco mujeres que han tenido un aborto inseguro sufre infecciones del tracto reproductivo. Algunas de éstas son infecciones severas que derivan en infertilidad (Organización Mundial de la Salud, 1998).

En la mayor parte de los países de América latina, el acceso al aborto está legalmente restringido. En estas circunstancias, las mujeres que cuentan con dinero pueden, por lo general, acceder a servicios médicos adecuados. Pero muchas otras mujeres se enfrentan a los riesgos de abortos inseguros. Por lo general, son mujeres pobres, mujeres que viven en áreas rurales o que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad (adolescentes, o mujeres que enfrentan un embarazo no deseado en soledad). Estas mujeres suelen tener menor acceso a la información y a servicios de salud reproductiva, tienen mayor probabilidad de sufrir coerción o violencia sexual, y dependen de métodos de aborto inseguros y de proveedores no capacitados (Bott, 2001, Gardner y Blackburn, 1996, Mundigo e Indriso, 1999).

**Casi todas las muertes y complicaciones como consecuencia de abortos inseguros pueden evitarse. Los procedimientos y las técnicas para finalizar un embarazo en etapa temprana son simples y seguros.** Cuando se realiza por profesionales capacitados y con equipamiento adecuado, el aborto es uno de los procedimientos médicos de menor riesgo. En países donde las mujeres tienen acceso a servicios de aborto seguros, la probabilidad de muerte no es mayor a 1 cada 100.000 procedimientos (Instituto Alan Guttmacher, 1999). En países en desarrollo, el riesgo de muerte como consecuencia de complicaciones de un aborto inseguro es varios cientos de veces mayor que aquel del aborto realizado profesionalmente bajo condiciones de seguridad (Organización Mundial de la Salud, 1998). La provisión de servicios apropiados para un aborto temprano salva la vida de las mujeres y evita los altos costos del tratamiento de complicaciones del aborto inseguro (Fortney, 1981, Tshibangu et al., 1984, Figa-Talamanca et al., 1986, Mpangile et al., 1999).

**Reflexión 11: ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en los casos de abortos terapéuticos?** El Estado argentino ha firmado diversos tratados internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, desde 1994. Entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.



*En el año 2000, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó que, entre sus principales motivos de preocupación, se encontraban los obstáculos que las mujeres, en nuestro país, enfrentan para acceder a los abortos permitidos por la ley.*

*Así, en respuesta al informe presentado por la Argentina, ese Comité sostuvo lo siguiente: “En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.*

*El Comité recomienda que el Estado parte tome medidas para aplicar la Ley de salud reproductiva y procreación responsable de julio de 2000, gracias a la cual se dará asesoramiento sobre planificación familiar y se dispensarán contraceptivos con objeto de ofrecer a la mujer verdaderas alternativas. El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación”.*<sup>23</sup>

*Más recientemente, en un dictamen emitido por este Comité, se responsabilizó a Perú por no haber practicado un aborto terapéutico.<sup>24</sup> En ese dictamen, se consideró que la negativa por parte de Perú a practicar el aborto, cuando mediaba riesgo para la vida de la mujer y el feto era anencefálico, constituía una violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se ordenó al Estado peruano proporcionar un recurso efectivo que incluyera una indemnización y adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.*<sup>25</sup>

## Notas

<sup>4</sup> El Observatorio Argentino de Bioética agradece a Carlos Burger, Dora Coledesky y Liliana Siede por su colaboración en la construcción del caso.

<sup>5</sup> Artículo 86 del Código Penal: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

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 un 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 una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

<sup>6</sup> Sobre la afectación de derechos y su protección constitucional, véase Susana Chiarotti, Mariana García Jurado y Gloria Schuster, “El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Aborto no punible*, Foro por los Derechos Reproductivos, Buenos Aires, 1997.

<sup>7</sup> Artículo 106 del Código Penal: El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

<sup>8</sup> En este sentido, se ha entendido que “la obligación de los médicos de preservar la salud de cualquier persona y en cualquier circunstancia, internalizada en su conducta desde el juramento hipocrático mismo, no solamente reconoce fundamentos éticos, sino también jurídicos de carácter penal, que sanciona el abandono de persona y todo tipo de complicidad o instigación al sui-

cidio” (Hospital Luis V. Lagomaggiore, Juzgado Civ. Com. y Minas Mendoza, N° 9, sentencia del 17/08/1995. JA 1998-III-síntesis). Igual criterio manifestó la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala 03, en el caso “R. N. A. s/Autorización judicial” en el que se solicitó una autorización judicial para practicar una ligadura de trompas.

<sup>9</sup> Artículo 249 del Código Penal: Será reprimido con multa de SETECIENTOS CINCUENTA PESOS a DOCE MIL QUINIENTOS PESOS e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

<sup>10</sup> Dictamen PG – N° 26.443/04, Dra. Alejandra Tadei, Procuradora General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en:

[http://despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencial/fallos\\_de\\_la\\_justicia/dictamen\\_procuradora.pdf](http://despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencial/fallos_de_la_justicia/dictamen_procuradora.pdf)

<sup>11</sup> TS c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 26 de diciembre de 2000, *La Ley* 2001-B-156, *La Ley* 2001-E-272. El énfasis es nuestro.

<sup>12</sup> “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, junio de 2005, voto de Francisco Roncoroni.

<sup>13</sup> “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, junio de 2005, voto de Francisco Roncoroni.

<sup>14</sup> “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, junio de 2005, voto de Francisco Roncoroni. El énfasis es nuestro.

<sup>15</sup> “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, junio de 2005, voto de Francisco Roncoroni.

<sup>16</sup> Se ha realizado una búsqueda de los fallos publicados referidos específicamente al aborto terapéutico, sin tomar ningún período en particular. De la investigación surge que no existen numerosos fallos publicados sobre esta temática específica. Sin embargo, los jueces se han manifestado sobre los requisitos para que proceda el aborto terapéutico en otros casos similares.

Si bien es cierto que el Código Penal tiene una redacción clara con relación al alcance del abor-

to terapéutico, de las aproximadamente cincuenta sentencias analizadas surge que algunos magistrados, muchas veces en votos minoritarios, sostienen un criterio restrictivo para su aplicación. Así, podemos encontrar casos en que los magistrados entienden que, para que proceda el aborto terapéutico, es necesaria una certeza respecto de la muerte de la mujer en el supuesto de continuar el embarazo. Esta postura fue sostenida por el Asesor de Incapaces y el juez Pettigiani, en su voto en disidencia, en el caso “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sentencia de junio de 2005.

Aun cuando el Código Penal contempla dos supuestos claramente diferenciados –peligro para la vida y peligro para la salud de la mujer– algunos jueces entienden que se trata de un sólo supuesto. A modo de ejemplo, se pueden mencionar el caso “NN”, Juzgado 26 en lo Civil a cargo de Adolfo Repetto, sentencia del 27 de agosto de 1985, JA 1989-III-355, y el dictamen del Asesor de Menores de Cámara, Alejandro Molina, en el caso “S., M. E.”, Juzgado N° 25 en lo Civil y Comercial, sentencia del 26 de abril de 1988, ED 132-457.

Por otra parte, aunque el Código no requiere la “gravedad” del peligro para la vida o la salud de la mujer, algunos jueces consideran que ésta debe exigirse para la procedencia del aborto terapéutico. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos: “C., A. y V. de C., A.”, Juzgado N° 2 de San Martín Primera Instancia Civil y Comercial, a cargo de Carlos R. Lami, sentencia del 31 de octubre de 1996, *La Ley* 1987-A-39 y “R. H. Y.”, Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca, a cargo de José Luis Ares, sentencia del 24 de noviembre de 2003.

Si bien el Código Penal no distingue entre *salud física* y *salud psíquica*, otra de las formas de restringir la aplicación es entender que sólo se permite el aborto terapéutico cuando corre peligro la *salud física* de la mujer. Este criterio surge de la lectura de las sentencias dictadas por la Corte y por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso “TS”, en el que autorizó la inducción del parto de un feto anencefálico. En este caso, si bien se tuvo por probada la existencia de un daño psíquico en la mujer, se aclaró especialmente que no se trataba de un caso de aborto (Fallos 324: 10; TS c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 26 de diciembre de 2000). Igual criterio sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso “P, F. V.” (sentencia del 3 de noviembre del 2004). Además, este mismo criterio restrictivo fue sostenido en el caso “R. H. Y.” ya mencionado, en el que se discutía la procedencia del aborto no punible solicitado por una niña de catorce años que había sido abusada sexualmente por el concubino de su madre, y en el caso “B. de S., H. C. y S., C. A. s/autorización”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, voto de Hugo Molteni y Ana María Luaces, sentencia del 9 de octubre de 1996, ED 172-299.

Estas interpretaciones en las que los jueces se apartan de la letra de la ley resultan claramente violatorias de la Constitución Nacional y vulneran los derechos más fundamentales de las mujeres. Al respecto, véase el Apéndice.

<sup>17</sup> A modo de ejemplo, se puede mencionar el caso “NN”, Juzgado 26 Civil a cargo de Adolfo Repetto, sentencia del 27/8/85.

<sup>18</sup> Fallos 324: 10. 11 de enero de 2001.

<sup>19</sup> BA s/autorización judicial, sentencia del 22 de junio de 2001.

<sup>20</sup> TS v Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 26 de diciembre de 2000.

<sup>21</sup> En igual sentido se expidió Salduna en el caso “D. de G., S. C. c Hospital Felipe Heras y otro”, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en fecha 02/05/2001.

<sup>22</sup> A. de A., M. L., Juzgado de Primera Instancia de Mar del Plata, 12 de agosto de 1991, *La Ley* 1991-E-567.

<sup>23</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG.

<sup>24</sup> Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, dictamen emitido en la Comunicación N° 153/2003, 24 de octubre de 2005.

<sup>25</sup> La omisión por parte del Estado implicó un trato cruel e inhumano, violatorio del artículo 7 del Pacto. El Comité entendió que: “La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Ésta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001 que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto

le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia y, sin embargo, el director del hospital estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de este Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto” (Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, dictamen emitido en la Comunicación N° 153/2003, 24 de octubre de 2005. Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos).

Esta conducta también significó una intromisión arbitraria en la vida privada de la peticionante, violatoria del artículo 17 del Pacto. Al respecto, el Comité sostuvo que: “La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto” (Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, dictamen emitido en la Comunicación N° 153/2003, 24 de octubre de 2005. Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques).



### III. Normas que regulan la práctica legal del aborto

El artículo 86 del Código Penal argentino regula el aborto no punible. En particular, el inciso 1 establece las condiciones para el aborto por motivos terapéuticos. Esta norma dispone: “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 un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios [...]”.

La redacción de esta disposición es precisa y, por lo tanto, la norma resulta razonablemente aplicable, siempre que el aborto lo practique un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, en los siguientes supuestos:

- cuando el aborto se practica con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer, siempre que este peligro no pudiera ser evitado por otros medios,
- cuando el aborto se practica con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer, siempre que este peligro no pudiera ser evitado por otros medios.

Acerca de este artículo, es necesario señalar:

En primer lugar, que el inciso 1 no califica el grado de peligro que debe correr la vida o la salud de la mujer. Así, la existencia del mero peligro es suficiente para que el aborto pueda ser practicado sin sanción penal alguna. El Código Penal no distingue entre el *peligro grave* y el *peligro no grave*. En cualquiera de los dos casos, procede el aborto terapéutico.

Con respecto a esta cuestión debe advertirse que, en 1968, la ley 17.567, modificatoria del Código Penal, estableció la gravedad del peligro para la procedencia del aborto no punible.<sup>26</sup> Esta modificación fue derogada en 1973 por la ley 20.509.<sup>27</sup> Nuevamente, en 1976, la ley 21.338 incorporó el término “grave” en la redacción del inciso.<sup>28</sup> Y, nuevamente, esta norma fue derogada en 1984 por la ley 23.077, modificatoria del Código Penal.<sup>29</sup> Durante los períodos en los que esta restricción estuvo vigente (1968-1973 y 1976-1984), el país se encontraba gobernado por gobiernos de facto. Fuera de estos períodos, no es preciso establecer la gravedad del peligro para la vida o la salud de la mujer para la procedencia



del aborto terapéutico.<sup>30</sup> Esta exigencia significa apartarse de la legislación vigente y validar criterios que, además de haber sido establecidos por normas de facto que fueron derogadas por gobiernos democráticos, resultan irrazonables.

En segundo lugar, es importante señalar que el Código Penal utiliza un estándar distinto al que utiliza la medicina. Mientras que la ley habla de “peligro” para la vida o la salud de la mujer, el concepto médico utilizado es el de “riesgo” para su vida o su salud. Esto no genera mayores inconvenientes, ya que ambos conceptos son similares. Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por “peligro” el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, mientras que por “riesgo” se entiende la contingencia o proximidad de un daño. Es por ello que ambas palabras se utilizan habitualmente en forma indistinta.

En tercer lugar, es importante señalar algunas cuestiones con respecto al uso de la palabra “madre” para referirse a la mujer embarazada. Por un lado, el uso de esta palabra implica acentuar el aspecto puramente biológico de la maternidad, desconociendo su aspecto social. Por otro lado, el uso de este término es inadecuado. “Madre” es un término relacional: ser madre es ser “madre de” un hijo o hija. Sin embargo, el inciso 1 expresamente habilita a la mujer a decidir sobre la continuación o no del embarazo. Si la mujer decide interrumpirlo, es una mujer encinta, pero no una “madre” en sentido estricto.<sup>31</sup>

En cuarto lugar, debe destacarse que la ley no distingue entre *salud física* y *salud psíquica*, sino que utiliza el término “salud”, concepto que incluye ambos aspectos. Por lo tanto, los abortos no punibles incluyen tanto los practicados para evitar un peligro en la *salud física* de la mujer como los realizados para evitar un peligro en su *salud psíquica*. Esto se condice con el concepto de salud propuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y aprobado por la Asamblea General de esta institución, que reúne a todos los Estados miembro del sistema de Naciones Unidas, y con la protección del derecho a la salud presente en los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional desde la reforma de la Constitución en 1994.<sup>32</sup>

## Notas

<sup>26</sup> Ley 17.657. Boletín Oficial 12/01/1968 - ADLA 1967 - C, 2867. Esta norma, sancionada en el año 1968, modificó el inciso 1 del artículo 86 disponiendo: “Si se ha hecho con el fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

<sup>27</sup> Ley 20.509. Boletín Oficial 28/05/1973 - ADLA 1973 - C, 2952.

<sup>28</sup> Ley 21.338. Boletín Oficial 01/07/1976 - ADLA 1976 - B, 1113. Esta ley modificó el Código Penal, quedando redactado del siguiente modo: “1º Si se ha hecho con el fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

<sup>29</sup> Ley 23.077. Boletín Oficial 27/VIII/1984.

<sup>30</sup> En el caso “A., de A., T y otra”, resuelto dentro de este período por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en septiembre de 1978, se discutió esta cuestión. Así, en el voto en disidencia, Andrereggen entendió que se requiere la gravedad del peligro para la procedencia del aborto terapéutico, tal como lo requería la ley vigente en ese momento. Sin embargo, se puede advertir que Núñez, al comentar el fallo, agrega a la norma otro requisito que ésta no tiene: la inminencia del peligro. Así, sostuvo que “si en razón del embarazo o del parto, la mujer encinta quiere evitar un grave peligro inminente para su vida o salud sin incurrir en responsabilidad penal como autora de un aborto consentido, tiene la única vía de someterse al juicio de un médico diplomado que compruebe ese peligro y encuentre que para excluirlo no existe otro medio menos dañoso que el aborto practicado por él o por otro médico diplomado” (Ricardo Núñez, “La prueba del aborto”, *La Ley* 1979-A-513).

<sup>31</sup> Para un análisis de este término, véase Diana Maffía, “Aborto no punible: del amparo de la ley al desamparo de la justicia”, en *Revista Urbe et Ius, Revista de opinión jurídica*, N° 13, otoño de 2006.

<sup>32</sup> Los tratados con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) que consagran el derecho a la salud son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre (Artículo XI: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 25.1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 12.1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 10.h: Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia. Artículo 12.1: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Artículo 14.b: Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia).

Particularmente importante para el tema de este documento es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en el año 1996 por la ley 24.658, aunque este protocolo no tiene jerarquía constitucional (Artículo 10.1: Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social).

## IV. Recomendaciones

### a. Recomendaciones asistenciales:

- **Brindar toda la información médica relevante y pedir el consentimiento informado**

El consentimiento de la mujer es uno de los requisitos del artículo 86 para la realización del aborto terapéutico. Por lo tanto, el personal médico debe preguntarle a la mujer acerca de su deseo de llevar adelante esta práctica. En el caso de que ella la autorice, el consentimiento debe quedar asentado en su historia clínica. Pero tan importante como obtener apropiadamente el consentimiento de la mujer, antes de realizar la práctica, es que la mujer esté informada acerca de la posibilidad legal de realizarla. El aborto practicado por motivos terapéuticos es legal en la Argentina y el personal médico debe informar a la mujer acerca de la posibilidad de practicarlo.

- **Evitar la solicitud de autorizaciones judiciales innecesarias**

El Código Penal establece que, para la realización del aborto terapéutico, es suficiente el consentimiento de la mujer. Por esta razón, los profesionales no deben requerir una autorización judicial y deben realizar el aborto sin dilatar innecesariamente el procedimiento. Así, evitarán exponer a las mujeres a los obstáculos comunes que dificultan el acceso a la justicia y exponerse ellos mismos a los reclamos sobre su responsabilidad civil y penal.

- **Asegurar la atención de los abortos terapéuticos**

Cuando está en juego la salud o la vida de las mujeres, el aborto terapéutico puede ser una opción. El Estado debe garantizar los recursos necesarios para resguardar el derecho de las mujeres a acceder a un aborto seguro en estos casos. Así, los hospitales públicos no pueden negarse a realizar esta práctica y si lo hacen, deben asumir las consecuencias legales del incumplimiento de lo establecido en el Código Penal.

## **b. Recomendaciones legales:**

### **• Interpretar sin restricciones el aborto terapéutico**

El Código Penal establece que el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer, no es punible cuando “se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”. Así, el aborto no se encuentra penado en ninguno de los dos supuestos: peligro para la *vida* o peligro para la *salud* de la mujer. No se requiere certeza de muerte y el peligro no tiene por qué ser grave, ya que la norma no califica el peligro. Además, el aborto terapéutico procede cuando existe tanto un peligro para la *salud física* como para la *salud psíquica*. Restringir la aplicación del aborto terapéutico vulnera los derechos más fundamentales de las mujeres y puede generar sanciones sobre el personal médico que se niega a realizar esta práctica en los supuestos claramente permitidos.

### **• Facilitar el acceso a un aborto seguro**

Las normas existentes –y su correcta interpretación– son suficientes para garantizar el acceso a los abortos terapéuticos. Otras normas de nivel inferior son innecesarias. Sin embargo, la existencia de normas o protocolos que reglamenten y especifiquen los deberes de los profesionales de la salud frente a casos de abortos terapéuticos podría facilitar el ejercicio del derecho a acceder a un aborto seguro y ofrecería a los profesionales un reaseguro de su práctica asistencial. Estas normas o protocolos podrían brindar instrucciones a los funcionarios públicos, sea de la administración de justicia o de la provisión de servicios de salud, los cuales podrían ser responsables civil y/o penalmente en caso de incumplimiento.

### **• Evitar el ejercicio abusivo del derecho a la objeción de conciencia**

La adecuada prestación de los servicios de salud requiere un registro público de objetores de conciencia. Frente a la objeción de conciencia presenta-

da por un profesional para llevar adelante el aborto terapéutico, es necesario asegurar la inmediata derivación de la mujer a otro profesional que pueda prestarle la atención médica adecuada. La negativa institucional basada en razones de conciencia no es admisible.

La Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), en su declaración sobre “Responsabilidades éticas y sociales relativas a los derechos sexuales y reproductivos”, indica, en su punto 5: “Asegurar que el derecho del médico a preservar sus propios valores morales o religiosos no resulte en la imposición de esos valores personales en la mujer. En esas circunstancias, las mujeres deberían ser referidas a otro proveedor de cuidados médicos que no tenga este problema. La objeción de conciencia a determinados procedimientos no absuelve a los médicos de tomar las medidas necesarias para que, en caso de emergencia, se proporcione el tratamiento necesario sin retraso”.<sup>33</sup>

#### • **Garantizar el acceso a la justicia y los derechos de las mujeres**

Cuando los profesionales o los hospitales se niegan a realizar los abortos no punibles, las mujeres pueden reclamar ante la justicia para que se los obligue a realizar la práctica, ya que se trata de acciones u omisiones del Estado o de particulares que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, vulneran los derechos de las mujeres. Así, la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional es un medio idóneo para realizar estos reclamos. Ante un reclamo de esta índole, el juez debe actuar de modo expedito, para garantizar los derechos de las mujeres que se ven afectados.

#### • **Responsabilizar a quienes obstruyen el ejercicio de un derecho**

La garantía de los derechos significa también crear los mecanismos institucionales adecuados o impulsar los existentes, a fin de responsabilizar a los funcionarios (profesionales de la salud, autoridades sanitarias, jueces, etc.) que impiden el ejercicio del derecho de las mujeres a acceder a un aborto seguro, en los casos no punibles previstos por la ley.

## Notas

<sup>33</sup> Este documento está diseñado para complementar las “Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología del Comité para los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y Salud de la Mujer de la FIGO” (noviembre de 2003).

## V. Apéndice

### a. Principios que rigen la interpretación en materia penal

El artículo 86 del Código Penal debe ser aplicado sin restricción alguna, ya que toda restricción que se realice lesiona principios fundamentales en materia penal, por lo cual resulta inconstitucional.

#### Peligro para la vida o la salud

En primer lugar, al establecer el Código Penal que el aborto no es punible cuando se practica para “evitar un peligro para la vida o la salud” de la mujer, no pretende que exista certeza respecto de su muerte. Tampoco está diciendo que deben concurrir ambos supuestos, sino que basta con un peligro para la *vida* o con un peligro para la *salud* para que se lo pueda practicar. Del mismo modo, cuando el Código Penal no requiere la gravedad del peligro para la vida o la salud de la mujer, no puede ser entendido de manera que la requiera.

Una interpretación distinta a la mencionada excedería el marco de la ley, en tanto se apartaría de su propia letra, y constituiría una clara violación de los derechos garantizados en la Constitución Nacional.<sup>34</sup>

Con respecto al término “salud”, se puede decir que una interpretación restrictiva de este concepto (contenido en una excepción de un tipo penal), incluyendo solamente el peligro para la *salud física* y no el peligro para la *salud psíquica*, también es inconstitucional. Sostener que el aborto no es punible solamente cuando existe un peligro para la *salud física* de la mujer, pero que es punible cuando el peligro recae sobre su *salud psíquica*, es restringir la interpretación de la excepción, lo cual significa interpretar ampliamente el delito genérico. De este modo, el aborto practicado para evitar un peligro para la *salud psíquica* de la mujer estaría penado. Sin embargo, esto viola el principio de legalidad y la interpretación más favorable al reo. En consecuencia, interpretar de forma restrictiva una excepción de un delito penal resulta violatorio del principio de legalidad y, por lo tanto, inconstitucional.<sup>35</sup>



Se debe destacar que, a pesar de que algunos autores entienden lo contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con respecto a la interpretación de la ley penal. En este sentido, sostuvo que las leyes penales no pueden aplicarse por analogía ni ser interpretadas extensivamente en contra del procesado y que “el Poder Judicial no puede dar a la ley, sobre todo a la ley penal, una extensión mayor que la que le dio el propio legislador, único facultado para salvar las deficiencias –si las hay– de su propia obra”.<sup>36,37</sup>

En segundo lugar, entender que la ley habla de “peligro grave” cuando sólo habla de “peligro” y que dice “salud física” cuando sólo dice “salud” constituye otro error.

En el caso del artículo 86, inciso 1, del Código Penal, el hecho de que el legislador no haya distinguido entre *peligro grave y leve* y entre *salud física y psíquica* podría constituir, para quien no comparta este criterio, una *laguna axiológica*, según la clasificación de Alchourrón y Bulygin. Estos autores distinguen varios tipos de *lagunas*. En los casos de *lagunas normativas*, los sistemas no dan respuesta al caso planteado, por lo que, ante esta ausencia, los jueces tienen la posibilidad de aplicar otros criterios. En los casos de *lagunas axiológicas*, en cambio, sí existe una respuesta que, aunque le disguste, el juez debe aplicar tal como lo dispuso el legislador.

La solución dada por el legislador fue clara. Tanto para la afectación de la *salud física o psíquica*, como para cuando medie *peligro grave o leve*, la respuesta del legislador fue la misma: el aborto no punible. El juez no puede apartarse de la letra de la ley o dar una respuesta distinta. Aunque le disguste la respuesta, debe comprender que todos estos casos están incluidos en la norma. **El juez no puede hacer prevalecer sus propias concepciones morales frente a la letra de la ley.**

En tercer lugar, alguien podría sostener, con respecto a la calificación del peligro, que la norma penal no es precisa porque no determina el grado de peligro y que, por lo tanto, su determinación debe estar a cargo de los jueces. Esto constituiría otro error, ya que la norma no determina la gravedad del peligro simplemente porque *no la exige*. Además, siguiendo este criterio, la norma no

sería precisa, lo cual es, en sí mismo, un problema en materia penal. Por otra parte, esta posición también violaría principios constitucionales, ya que, de acuerdo con ella, serían los propios jueces los que determinarían, con posterioridad a la comisión del acto, el contenido preciso de la norma que se estaría infringiendo. De este modo, se violaría el principio de legalidad y las bases propias del sistema democrático.

## b. Glosario médico y legal<sup>38</sup>

**Amparo.** Acción judicial expedita de rango constitucional que habilita la instancia judicial ante actos u omisiones del Estado o de particulares que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, lesionan, restringen, alteran o amenazan derechos (Constitución Nacional, artículo 43; Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 14).

**Autorización judicial.** En algunos casos, nuestro sistema requiere una habilitación especial dictada por un juez para realizar ciertos actos, por ejemplo, cuando los menores de edad quieren casarse y no cuentan con la autorización de los padres o tutores. Esta figura no es aplicable al aborto no punible, en tanto el artículo 86 del Código Penal no requiere una autorización judicial.

**Biopsia.** Es la extracción de una pequeña porción de tejido para examinarla bajo el microscopio y/o hacer un cultivo que a menudo ayuda a los médicos a realizar un diagnóstico.

**Cáncer de mama.** El cáncer es el crecimiento descontrolado de células anormales que han mutado de tejidos normales. El cáncer puede causar la muerte cuando estas células impiden el funcionamiento normal de los órganos vitales afectados o se diseminan por todo el cuerpo y dañan otros sistemas esenciales. El cáncer de mama es un crecimiento maligno (canceroso) que comienza en el tejido mamario. Una vez diagnosticado, la sobrevida depende del estadio tumoral, determinado por el tamaño del tumor, el compromiso de los ganglios linfáticos vecinos y la presencia de metástasis a distancia.

**Ganglios linfáticos.** El sistema linfático está compuesto por ganglios linfáticos conectados por vasos linfáticos. Los ganglios producen glóbulos blancos (linfocitos) que combaten las infecciones. Cuando se presenta una infección, los ganglios linfáticos se inflaman, producen más glóbulos blancos e intentan atrapar los organismos que están causando la infección. Los ganglios también procuran atrapar las células cancerosas.

**Mastectomía radical modificada.** Una mastectomía es la extirpación quirúrgica de toda la mama, por lo general, para tratar enfermedades serias del tejido mamario como cáncer de mama. Una mastectomía radical modificada es la extracción de toda la mama y la mayoría de los ganglios linfáticos debajo del brazo (ganglios axilares).

**Morbilidad.** Es la incidencia relativa de una enfermedad o la frecuencia con la que aparece una enfermedad en una población determinada.

**Patrocinio jurídico obligatorio.** En los trámites judiciales, en principio, se exige que las personas se presenten con el asesoramiento de un abogado. A modo de ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –aplicable en los tribunales federales y en los nacionales con asiento en Buenos Aires– establece que los jueces no proveerán ningún escrito si no lleva la firma de un letrado patrocinante.

**Quimioterapia.** La quimioterapia, referida al tratamiento del cáncer, es la utilización de productos farmacológicos para destruir las células neoplásicas sin afectar, o afectando en menor medida, las células normales del organismo.

**Radioterapia.** Es un tratamiento que utiliza radiación para destruir las células neoplásicas.

## Notas

<sup>34</sup> Tal como sostiene Roxin, “la vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescripto, no ‘rige’. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda el tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley [...]” (Claux Roxin, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Consejo Editorial, 1997, págs. 150-151). Este autor agrega que: “Una aplicación al margen de la regulación legal (*contra legem*), o sea, una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y, por tanto, es inadmisibles” (Roxin, *op. cit.*, pág.149).

Por su parte, Soler entiende que “una cosa no es lícita para el juez, no porque se lo prohíbe la lógica, sino el orden jurídico: legislar, de modo que viole la garantía acordada por los arts. 18 y 19 de la C. N.; castigar un hecho no prohibido, por su semejanza con uno prohibido; admitir una agravación específica no enumerada, por su semejanza con una enumerada; imponer una pena extra legal por su analogía con una legal” (Sebastián Soler, “Derecho Penal argentino”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 186).

<sup>35</sup> Con respecto a esto, Roxin advierte que “está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias” (Roxin, *op. cit.*, pág. 157). En el mismo sentido, Zaffaroni entiende que “dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización” (Eugenio Zaffaroni, “Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 112). En consecuencia, este autor entiende que, cuando el análisis de la letra de la ley da lugar a dos posibles interpretaciones, una más

amplia y una más restringida, siempre tendremos que inclinarnos por la más restringida. En este sentido, concluye que “el criterio de la interpretación semántica más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos capaces de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable” (Zaffaroni, *op. cit.*, pág. 113). En este caso, los términos “restrictiva” y “amplia” deben ser entendidos en sentido contrario, ya que lo que se analiza aquí es una excepción. Lo que se prohíbe, entonces, es la interpretación restrictiva de la excepción, lo cual supone una interpretación más amplia de la norma general que sanciona el delito de aborto.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 317:425, entre otros. Debe tenerse presente que esta pauta estaba contenida en la Constitución Nacional de 1949, la cual, en su artículo 29, establecía que “los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado [...]”.

<sup>37</sup> Fallos: 184:116, *La Ley*, 15-167.

<sup>38</sup> Para los términos médicos, se utilizó el sitio de Internet: <http://medlineplus.gov/spanish/>

## Sentencias

“Haeberdi”, Cámara Nacional en Pleno, 06/11/1923.

“B., C. A. y otros”, Juzgado de Primera Instancia de Bell Ville, 06/12/1945. JA 1946-IV-414.

“Natividad Frías”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Plenario, 26/08/1966. JA 1966-V-69.

“Calabrese de Fidanza, Juana”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 4, 07/08/1975. JA 1976-I-87.

“A., de A., T.”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, 29/11/1978. La Ley 1979-A-517.

“Aguirre de Ferreira, María Angélica”, Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, 24/12/1979. La Ley 1980-D-475.

“Marturano, Amelia”, Cámara Penal de Lomas de Zamora, Plenario, 02/07/1981, JA 1981-IV-453.

“T. de C., M. D. y otros”, Cámara criminal Gualeguay, 24/08/1982. JA 1983-I-571.

“Barrios, Angélica”, Cámara Criminal 1 Paraná, Sala 2, 09/11/84, JA 1985-II-67.

“M. I. R.”, Juzgado N° 2 de Mendoza, 31/01/1985, ED 114-185.

“L. D. B. y otros”, Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Martín, Plenario, 05/07/1985. La Ley 1986-A-103.

“NN”, Juzgado Civil N° 26, 27/08/1985. JA 1989-III-355.

“R. R.”, Cámara Penal de Morón, Plenario, 08/05/1986. JA 1986-I-593. DJ 1986-465.

- “C., A. y V. de C., A.”, Juzgado Civil y Comercial N° 2 de San Martín, 31/10/1986. *La Ley* 1987-A-39.
- “P., A. J.”, Juzgado de Instrucción N° 7 de Rosario, 04/11/1987. ED 128-389.
- “S., M. E.”, Juzgado N° 25, 20/04/1988. ED 132-457.
- “NN”, Juzgado Nacional Criminal y Correccional N° 18, 02/06/1989, JA 1989-III-369.
- “A. de A., M. L.” Juzgado de Mar del Plata, 12/08/1991, *La Ley* 1991-E-567.
- “Lagraña, Florinda - Aguilar, Dominga s/aborto”, Cámara en lo Criminal y Correccional, Formosa, 28/11/1991.
- “Cacios, J. V.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 29/11/1991. *La Ley* 1992-D-442.
- “I. D. I.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/07/1992. ED 152-523.
- “Parente Sinisi, Camila”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 20/04/1993. *La Ley* 1993-D-521.
- “M., O. I.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Necochea, 21/12/1993. LLBA 1994-225.
- “M., G.”, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, Sala I, 28/04/1994, LLBA 1994, 823.
- “S., I. s/Aborto”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 04/05/1995. ED 166-225.
- “Insaurralde, M.”, Cámara Penal de Rosario, Sala 2, 26/12/1995. JA 1996-II-574.
- “Delgado, Marta Esther”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/03/1996.

Fallos 319:245.

“B. de S., H. C. y S., C. A. s/Autorización”, Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, 9/10/1996. ED 172-299.

“Morales, Nélica”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/12/1996, Fallos 319:3011.

“Zambrana Daza, Norma Beatriz”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/1997, Fallos 320:1717.

“A. K.”, Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Mar del Plata, 05/09/1997. LLBA 1998-584.

“Insaurrealde, M.”, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 12/08/1998. *La Ley* 1998-E-335.

“M. P., E.”, Juzgado Garantías en lo Penal, Mar del Plata, 28/01/2000. *La Ley* Bs. As. 2000-549.

“Cuello, Carina Alejandra”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/04/2000. Fallos 232:785.

“Melendres, María Soledad”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04/07/2000. Fallos 323:1817.

“T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, 26/12/2000, *La Ley* 2001-B-156.

“T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/01/2001. Fallos 324:10.

“D. de G., S. C. c/Hospital Felipe Heras y otro”, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 02/05/2001, *La Ley Litoral*, 2001-1165.

“N., P. K.”, Juzgado Criminal y Correccional Transición N° 1, Mar del Plata, 23/05/2001.JA 2001-IV-421.



- “B. A. s/Autorización Judicial”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/06/2001.
- “P. C. del V.”, Tribunal de Catamarca, 08/04/2002. LLUDA 2002-1102.
- “Portal de Belén Asociación sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la República”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/03/2002.
- “A. V. F. y otros c. Complejo Médico Policial Churruca-Visca”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal N° 8, 06/05/2002. *La Ley* 2002-D-630.
- “Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín s/Autorización”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 25/07/2002. AJ 4-27-02.
- “B. A. s/Autorización Judicial”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/12/2002.
- “Acuña Juan s/Homicidio y aborto”, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, 23/12/2002.
- “R. G., G.”, Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de Mar del Plata, 21/02/2003. *La Ley* 2003-C-269.
- “R. F. C.”, Cámara de Casación Penal, Sala 3, 16/07/2003.
- “R. H. Y.”, Juzgado en lo Correccional de Bahía Blanca, 24/11/2003.
- “P., F. V.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 05/05/2004. SJA 03/11/2004.

## Bibliografía

- Barthelmes, L.; Davidson, L. A.; Gaffney, C. y Gateley, C. A.: “Pregnancy and breast cancer”, en *British Medical Journal*, 2005, págs. 330, 1375-1378.
- Berry, D. L.; Theriault, R. L.; Holmes, F. A.; Parisi, V. M.; Booser, D. J.; Singletary, S. E.; Buzdar, A. U. y Hortobagyi, G. N.: “Management of breast cancer during pregnancy using a standardized protocol”, en *Journal Clinical Oncology*, vol. 17, N° 3, marzo de 1999, págs. 855-61.
- Bidart Campos, G.: “Autorización judicial solicitada para abortar”, ED 114-184.
- Brock, D.: “Libertad reproductiva: su naturaleza, base y límites”, en Mark Platts (comp.), *Dilemas éticos*, Ciudad de México, UNAM-FCE, 1997.
- Cardonick, E. y Iacobucci, A.: “Use of chemotherapy during human pregnancy”, en *Lancet Oncology*, vol. 5, N° 5, mayo de 2004, págs. 283-91.
- Chiarotti, S.; García Jurado, M. y Schuster, G.: “El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Aborto no punible*, Buenos Aires, Foro por los Derechos Reproductivos, 1997.
- Dworkin, R.: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998.
- Fletcher, R.; Fletcher, S. y Wagner, E.: “Risk”, en R. Fletcher, S. Fletcher y E. Wagner, *Clinical Epidemiology*, Baltimore, Williams & Wilkins, 1996, tercera edición, págs. 94-110.
- Germann, N.; Goffinet, F. y Goldwasser, F.: “Anthracyclines during pregnancy: embryo-fetal outcome in 160 patients”, en *Annals of Oncology*, vol. 15, N° 1, enero de 2004, págs.146-50.
- Gil Domínguez, A.: “Solicitud de autorización judicial y amparo bioético”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2000.
- Greene, F. L.; Page, D. L.; Fleming, I. D. *et al.* (edits.): *Cancer Staging Manual*, Nueva York, AJCC (American Joint Committee on Cancer) Springer-Verlag, 2002, págs. 223-240.

- Langer, A. y Espinoza, H.: “Embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe”, en S. Ramos y M. A. Gutiérrez (edits.), *Nuevos desafíos de la responsabilidad política*, Cuadernos del Foro de la Sociedad Civil en las Américas, año 4, N° 5, 2002.
- Luna, F. y Salles, A. (comps.): *Decisiones de vida y de muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1995.
- Maffía, D: “Aborto no punible: del amparo de la ley al desamparo de la justicia”, en *Revista Urbe et Ius*, N° 6, agosto de 2006, en prensa.
- Núñez, R.: “La prueba del aborto”, *La Ley*, 1979-A-513.
- Observatorio Argentino de Bioética: *Documento N° 1: Salud pública y anencefalia*, Buenos Aires, FLACSO, 2004.
- Organización Mundial de la Salud: *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2003.
- Rawls, J: *Teoría de la Justicia*, Ciudad de México, FCE, 1995, segunda edición.
- Roxin, C.: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Madrid, Consejo Editorial, 1997.
- Soler, S.: “Derecho Penal argentino”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1996.
- Valdés, M. (comp.): *Controversias sobre el aborto*, Ciudad de México, UNAM-FCE, 2001.
- Valdés, M.: “El problema del aborto: tres enfoques”, en R. Vázquez (comp.), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Ciudad de México, FCE, 2004.
- Zaffaroni, E.: “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Ediar, 2000, segunda edición.















Esta edición se terminó de imprimir en  
**Artes Gráficas Patagonia S.R.L.**,  
Camarones 3976, Buenos Aires,  
en el mes de diciembre de 2006.  
Tirada: 1.000 ejemplares.





**Observatorio Argentino de Bioética**