

“Aborto no punible: ¿Qué dice la ley argentina?” en Susana Checa (comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires, Paidós, 2006. ISBN 950-12-4537-3

Aborto no punible: ¿qué dice la ley?

Diana Maffía
Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género
Universidad de Buenos Aires

En la legislación argentina el aborto es un delito, excepto cuando está contemplado en las causales de no punibilidad. El Código Penal establece cuáles son las circunstancias en las que el aborto no es punible; pero de muchas maneras este amparo legal es cercenado, empujando a las mujeres que tienen derecho a practicar una interrupción legal de su embarazo a hacerlo en condiciones de clandestinidad e inseguridad. Con esta conducta se afectan derechos muy básicos como el derecho a la justicia y el derecho a la igualdad.

En este artículo nos proponemos reflexionar sobre el texto legal, y sobre los múltiples modos de malversación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres desde los tres poderes del Estado. Por acción y por omisión, desde el ámbito ejecutivo y el judicial hasta el legislativo, la impunidad con que se violan estos derechos es la contracara de la falta de exigibilidad que tienen hasta el momento dada la renuencia del Senado de la Nación a la firma del protocolo facultativo que haga operativa la CEDAW.¹

El artículo 86 del Código Penal establece que:

“... El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) 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; 2º) 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.”²

Analizaremos separadamente los dos incisos, que corresponden al llamado “aborto terapéutico” (inciso 1º) y al “aborto eugenésico” (inciso 2º). Pero notemos que hay dos condiciones que deben cumplirse en ambos casos: el aborto debe ser practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer encinta. Volveremos sobre esta última condición cuando veamos el segundo tipo abortos.

Aborto terapéutico

Como mencionamos, según dice el inciso 1º del artículo 86, el aborto no será punible “*si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre*”. Una primera observación la merece ese uso notable del lenguaje, al pasar de la “mujer encinta” del texto

¹ Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres. Tratado que tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, y el único de todos los tratados que no cuenta con su respectivo protocolo.

² *Código Penal Argentino*, art. 86, incisos 1 y 2

inicial a la “madre” de este inciso. Como cualquiera puede advertir, “madre” es una propiedad relacional y no una propiedad intrínseca. Transformar a una mujer encinta, por ese sólo hecho, en “madre”, significa darle a esta relación un fuerte carácter biológico y determinista en reemplazo de la función maternal. Dado que en este inciso estamos precisamente despenalizando el aborto, el otro término de esa presunta relación está destinado a no existir, lo que hace más llamativa la elección de la palabra.

Es un profundo y arraigado prejuicio la reducción de toda mujer gestante a la condición de “madre”, porque significa borrar el resto de sus atributos subordinándolos a una condición esencial y primaria. Esta operación de rotulación genera además una expectativa social hacia las mujeres, la expectativa de que también privilegien de modo absoluto la capacidad materna por sobre cualquier otra capacidad o plan de vida (los jueces lo hacen regularmente en sus fallos). Tal reduccionismo es un obstáculo ideológico que hace mucho más dificultoso comprender el conflicto de una maternidad no deseada, o la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo.

Y ello es así aún cuando el Código explícitamente privilegia la vida, la salud y la autonomía de las mujeres al no mencionar al embrión. La palabra “madre” en lugar de “mujer encinta”, por ser un término relacional, trae implícitamente a la presencia un sujeto no enunciado y no contemplado en este artículo del Código Penal, el correlato de la “madre”, el “hijo” fantasmático cuya inexistencia se está habilitando por ser perjudicial, precisamente, para el bien tutelado explícitamente por la ley: la vida, la salud, y la autonomía de las mujeres. Como mencionamos, además del requisito exigido en ambos tipos de aborto (ser practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer) hay dos circunstancias en que el aborto terapéutico no es punible: cuando

1.1.El aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer

1.2.El aborto es practicado con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer

Es muy relevante notar que el riesgo para la salud hace por sí mismo no punible el aborto, porque lo habitual es que sólo se contemple el riesgo para la vida. Y si agregamos que nuestra Constitución³ protege el acceso a la salud integral, en consonancia con la Organización Mundial de la Salud, ese concepto de salud debe ser interpretado como “bienestar físico, psíquico y social de una persona” y no sólo ausencia de enfermedad.

Las restricciones en este caso se suman. En primer lugar, al contemplar sólo el riesgo de muerte, se está considerando el aborto como un conflicto entre dos vidas. Como hemos dicho, en el artículo 86 claramente se privilegia el derecho de la mujer embarazada, sin embargo la restricción vuelve a poner una ecuación forzada: la equivalencia de valor entre el embrión y la mujer encinta.

Además, lejos de contemplar el riesgo para la salud integral, sólo en casos excepcionalmente graves se contempla la salud física, y el concepto de salud es establecido “en tercera persona” por el médico. En la concepción de salud integral, no sólo hay otros componentes de la salud (psíquico y social) sino que el “bienestar” hace ineludible la subjetividad. No puede ser otra persona quien testimonie tal bienestar, sino que la salud requiere del reporte en primera persona, en este caso en particular requiere tomar en serio la palabra de las mujeres.

Es relevante señalar que si bien siempre se requiere el consentimiento de la mujer, en ningún caso de aborto no punible se requiere autorización judicial. De hecho, como indica el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, cuando el aborto es voluntario y no es punible, “el servicio público de salud debe atender a la mujer demandante y no trabar la solicitud

³ Constitución Nacional, Art. 75, inciso 22

remitiéndola a un proceso judicial”.⁴ Requerir la intervención de un juez es interponer una barrera que dificulta arbitrariamente el acceso a la salud y resulta inconstitucional. Tanto el sistema de salud cuando la pide como el juez que responde la solicitud están violando el derecho a la salud de las mujeres. Por cierto, los tiempos procesales operan además un daño extra con respecto a la seguridad de la intervención, e incluso a veces tornan abstracto el pedido a raíz de los retrasos administrativos.

Además, como señala con lógica demoledora el constitucionalista Germán Bidart Campos “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”.⁵ Decidir la no punibilidad del aborto terapéutico es responsabilidad médica. Es el médico quien establece si hay un problema para la vida o la salud, no el juez.

Agregar exigencias que no están en la ley, tanto por parte del ejecutivo (la salud pública) como del ámbito judicial, implica violar el sistema republicano de división de poderes, ya que los cambios en la ley corresponden al poder legislativo; y agregar requerimientos que no están en la ley es modificar su letra y sobre todo su alcance en la protección de derechos.

Al obstáculo del acceso a la justicia cuando un médico solicita autorización judicial para realizar un aborto, se suma la respuesta ominosa que desde los más altos niveles desmiente incluso el alcance de la ley. En un caso reciente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, (analizado por el Observatorio de Bioética y Derecho⁶) el juez Pettigiani transforma el requisito de “peligro para la vida o la salud” en “certeza de muerte de la madre” en caso de continuar el embarazo.

Aunque el Código Penal es claro cuando sólo contempla el riesgo para la vida o la salud de la mujer, y no menciona al embrión ni equipara en absoluto sus derechos, el juez Pettigiani afirma: “*cabría preguntarnos si la maternidad no obliga a soportar riesgos. Entiendo que sí. La naturaleza de persona del ser concebido así lo impone. El respeto de la madre por la vida del nasciturus debe ser tan absoluto como el que tiene por su propia vida, y sólo debe acceder al sacrificio de aquélla cuando la extinción inminente de la suya, de no actuar así, apareje transitivamente la muerte de aquélla. [...] La señora C. P. presenta un estado de salud que los médicos intervinientes califican - en suma - de grave, aunque sin embargo no señalan que el conjunto de patologías (ajenos al embarazo en sí) generen en la actualidad el “peligro extremo” o lleven a la “muerte cierta” de la madre. [...] En síntesis, es al médico a quien corresponde agotar todos los medios tendientes a preservar la vida de la madre durante el curso del embarazo y la viabilidad del feto, debiendo, tan sólo ante el fracaso de todas las terapias empleadas y la inminencia de un resultado letal, resignarse a la actuación del principio del doble efecto (salvar uno de los bienes en juego aunque sea a costa de producir un mal en el otro). Será ésta la última ratio cuando ya el arsenal de medios técnicos y propios de su *lex artis científica* esté consumido*”.⁷

Puede llamar la atención esta postura tan alejada de la ley, pero la referencia al principio del doble efecto (el único aceptado por el dogma católico como justificación bioética para interrumpir un embarazo) nos da una pista de la justificación para tal alejamiento. En las

⁴ Andrés Gil Domínguez, “Solicitud de autorización judicial y amparo bioético”, La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 551.

⁵ Germán Bidart Campos, “Autorización Judicial Solicitada para Abortar”, *El Derecho* 114-184.

⁶ Observatorio Argentino de Bioética, Documento N° 2, “Aborto terapéutico”, (en prensa)

⁷ “C. P. d. P., A. K. s/Autorización”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, junio de 2005, voto de Eduardo Pettigiani.

posiciones religiosas dogmáticas, el respeto a la llamada “ley natural” es superior y previo a la ley positiva. Esto significa que en caso de contradicción, la ley natural debe ser privilegiada aunque ello signifique violar la ley positiva. Es el tipo de argumento que hay detrás del llamado de algunos religiosos a la “desobediencia civil” de los efectores de salud y otros funcionarios, para que no apliquen la ley de salud sexual y reproductiva que atenta contra las convicciones morales del dogma católico. Si nuestro país tuviera el catolicismo como religión de Estado, este principio sería observado como principio rector por todo el sistema de justicia, incluyendo la Corte Suprema. Pero nuestro Estado es laico, por lo que proceder privilegiando tal jerarquía jurídica es inconstitucional, ya que impone a toda la población la convicción moral de una parte de ella, transformando el “pecado” en delito y usando la fuerza pública para perseguirlo.

Cabe aclarar que la llamada “ley natural” no tiene nada que ver con las leyes científicas de las ciencias naturales. Prueba de ello es que el proceso en el cual el Tribunal de la Inquisición excomulgó a Galileo por haber sostenido la teoría heliocéntrica (y haber dudado de que la tierra era el centro del universo y permanecía inmóvil), sólo concluyó con su perdón en 1993. Darwin puede esperar todavía un par de centurias el perdón por su pecado de dudar que el hombre es el rey de la creación.

Ahora bien, si aún con la reforma constitucional de 1994 el máximo tribunal de la república estuviera compuesto por jueces confesionales, la prioridad del derecho natural por sobre el derecho positivo estaría asegurada en las interpretaciones de los jueces supremos, que al opinar construyen verdad jurídica. La única defensa para que la ley positiva se cumpla (la ley que ha sido promulgada por los y las representantes de las múltiples expresiones políticas de la población, y desde hace pocos años con una presencia asegurada de mujeres) es recurrir a los organismos internacionales, cosa que las mujeres no podemos hacer si no se firma el protocolo facultativo de la CEDAW. Con lo que la reticencia a firmar el protocolo por parte del Senado de la Nación encuentra su verdadero motivo en seguir tutelando las vidas de las mujeres, y bajo la ficción del ejercicio autónomo de ciudadanía tratarlas como menores de edad perpetuas en lo que concierne a sus derechos sexuales y reproductivos.

Aborto eugenésico

El segundo inciso del artículo 86 del Código Penal se refiere a los casos de aborto llamado “eugenésico”. Como señalamos, tal artículo dice que *“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: (...)*

2º) 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

Nuevamente, encontramos dos casos en los que puede practicarse un aborto:

2.1. El embarazo es producto de una violación

2.2. El embarazo es producto de un atentado contra una mujer idiota o demente (en este caso, con consentimiento del representante legal)

Así como en el aborto terapéutico suele atenderse sólo al riesgo de muerte, en el embarazo eugenésico suele requerirse que la mujer violada sea además idiota o demente para considerar no punible el aborto, restringiendo el derecho de la mujer a la autonomía sobre el ejercicio de su sexualidad y dejando fuera de protección su integridad.

También en este caso encontramos una lectura tendenciosa de la ley, facilitada por los errores cometidos por los legisladores. Aclaremos los errores, pero defenderemos nuestra lectura amplia de este inciso. Al momento de redactar el código, se copió este artículo de un código

suizo, pero omitieron poner una coma después de la palabra “violación”, que habría separado claramente las dos condiciones de no punibilidad. Además, usaron una traducción inapropiada (“atentado al pudor”) para mencionar otra forma de violación, que no procede del forzamiento físico o amenaza de la mujer sino de su incapacidad para consentir una relación sexual. En efecto, aún cuando no se hubiera forzado en los hechos la relación sexual, si la mujer es idiota o demente no tendría capacidad de consentir y por lo tanto se trataría jurídicamente de una violación. Por esa incapacidad es que quien debe consentir la interrupción del embarazo es el/la representante legal.

Además de estos errores, que puede alegarse que ya forman parte de la letra de la ley, hay por lo menos dos indicios de que se trata de dos casos y no de uno. En primer lugar, el inciso 2º habla de una violación o de un atentado al pudor “cometido” contra una mujer idiota o demente. Si se tratara de dos acciones sobre la misma mujer, diría “cometidos”. El singular del participio señala que se refiere al atentado al pudor y no a la violación.

Por otra parte, la condición de “consentimiento de la mujer encinta” es previa a los dos incisos, lo que implica que es para ambos. Por eso, cuando el inciso 2º señala “en **este** caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, el caso referido es el “atentado al pudor”. El caso de violación queda bajo la condición general enunciada antes de distinguir los incisos, lo cual resulta coherente ya que una mujer violada puede consentir sin impedimentos legales.

No sólo la justicia rechaza la solicitud de abortar de mujeres violadas, sino que algunos legisladores progresistas han presentado como una innovación proyectos para “despenalizar el aborto en casos de violación”, lo cual paradójicamente significa que participan de la misma lectura restrictiva del Código Penal, con lo que refuerzan peligrosamente la interpretación conservadora.

El arraigado hábito de los médicos de remitir a la justicia las solicitudes de aborto, o requerir autorización judicial para realizarlos, es no sólo una falta grave por delegación de la responsabilidad médica, sino un debilitamiento del y obstaculización del ejercicio de derechos de las mujeres que debe ser condenado como un caso de “mala praxis” profesional e incluso de abandono de persona en el caso de que de la denegación de la solicitud deriven daños para la paciente.

En resumen

- El no respeto por las causales de impunidad del aborto transforma en **clandestinos** los abortos que están **dentro de la ley**
- La modificación arbitraria de la letra de la ley, agregando restricciones no existentes en las normas, **viola el sistema republicano** de división de poderes, atribuyéndose capacidades legislativas a la justicia o a ejecutivo
- La judicialización innecesaria de una práctica de salud pone una **barrera constitucional** al acceso a la salud integral.

Las arbitrariedades y abusos en la aplicación de la ley se cometieron durante decenas de años sin la posibilidad de fiscalización de las mujeres, excluidas del sistema educativo, del sistema profesional, del sistema legal y del sistema político. Lo cual es doblemente grave en el caso de aborto porque **sólo las mujeres abortan**. Sólo ellas están expuestas a un abuso de poder que afecta el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad.

Por eso es indispensable la participación de mujeres en los cuerpos legislativos, en el diseño y aplicación de políticas públicas, en los tribunales superiores de justicia, en los comités de bioética, en el ministerio público, en el monitoreo ciudadano y en todas las instancias de decisión y control que afecten de modo directo o tengan un impacto diferencial sobre los cuerpos y las experiencias de las mujeres. No olvidemos que todas aquellas leyes que impactan sobre nuestros cuerpos (salud sexual y reproductiva, delitos contra la integridad,

violencia, parto humanizado) surgieron en los últimos diez años bajo la aplicación de la ley de cupo. Antes que las mujeres estuviéramos allí, la ciudadanía no tenía cuerpo.