



# **Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610**

**Jorge Nicolás Lafferriere**

Buenos Aires, febrero de 2021

[www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

# **Ley de aborto comentada.**

## **Análisis crítico de la ley 27610**

Por Jorge Nicolás Lafferriere\*

[www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

Febrero de 2021

### **Índice**

#### **1. Introducción (p. 6)**

#### **2. Trámite legislativo de la Ley 27610 (p. 8)**

- a) Cámara de Diputados de la Nación (cámara de origen) (p. 8)
- b) Senado de la Nación (cámara revisora) (p. 8)
- c) Poder Ejecutivo Nacional (p. 8)

#### **3. Resumen de la ley 27610 (p. 9)**

#### **4. Valoración de conjunto de la ley 27610 (p. 11)**

#### **5. Comentario a la ley 27610 de interrupción voluntaria del embarazo (p. 12)**

##### **Art. 1º – Objeto. (p. 12)**

- a) El objeto de la ley (p. 12)
- b) Sobre los fundamentos de la ley (p. 12)
- c) Una valoración crítica de los presupuestos de la ley (p. 13)
  - c.1) Las razones que llevan a abortar y su pretensa inevitabilidad (p. 13)
  - c.2) ¿Es el aborto una opción de la libertad reproductiva? (p. 14)
- d) La ley promueve el aborto (p. 14)
- e) Las recomendaciones de organismos internacionales (p. 15)
- f) Una valoración ético-jurídica de las recomendaciones de los organismos internacionales (p. 18)
  - f.1) No existe un derecho al aborto en los Tratados Internacionales (p. 19)
  - f.2) ¿Una interpretación “evolutiva”? (p. 19)
  - f.3) Las recomendaciones no son derecho vinculante (p. 20)
  - f.4) La ley va mucho más allá de lo que dicen las recomendaciones (p. 22)
  - f.5) El art. 27 de la Constitución Nacional (p. 22)
  - f.6) La mayor protección del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico nacional (p. 23)
  - f.7) Jurisprudencia sobre los alcances de las recomendaciones (p. 23)
  - f.8) Los problemas de fondo que motivaron las recomendaciones (p. 24)
- g) Aborto y salud pública (p. 25)
- h) El problema del embarazo adolescente (p. 27)
- i) Aborto y pobreza (p. 28)

##### **Art. 2º – Derechos. (p. 30)**

- a) Alcance de la norma (p. 30)
- b) Fundamentos del pretendido derecho al aborto (p. 31)
- c) Visiones críticas del aborto como derecho (p. 32)

---

\* Abogado (Universidad de Buenos Aires), Doctor en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Católica Argentina), Director del Centro de Bioética, Persona y Familia, Profesor Titular Ordinario (UCA), Profesor Regular Adjunto (Facultad de Derecho UBA), Director de Investigación Jurídica Aplicada (Facultad de Derecho UCA).

- d) El comienzo de la existencia del ser humano en sus aspectos biológicos (p. 33)

**Art. 3º – Marco normativo constitucional. (p. 37)**

- a) Alcance y antecedentes de la norma (p. 37)
- b) El aborto como pretendido derecho constitucional derivado especialmente de los derechos sexuales y reproductivos (p. 39)
- c) El aborto, la autonomía de la madre y el derecho a la vida del por nacer (p. 42)
- d) La protección constitucional de la vida humana desde la concepción (p. 45)
  - d.1) Sobre la postura que sostiene que el embrión no es persona (p. 45)
  - d.2) El ser humano por nacer y su personalidad ante la declaración interpretativa o reserva de Argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23849 (p. 46)
    - i) La fuerza vinculante de las declaraciones interpretativas y de las reservas (p. 47)
    - ii) La expresión “en las condiciones de su vigencia” (p. 50)
    - iii) El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (p. 52)
    - iv) La interpretación de la Convención (p. 54)
  - d.3) El por nacer y la postura de la personalidad condicionada (p. 56)
  - d.4) La protección “gradual e incremental” de la vida del por nacer y el fallo “Artavia Murillo” (p. 57)
  - d.5) La protección penal y el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional (p. 63)
- e) Aborto, derecho a la vida y legítima defensa (p. 65)
- f) El aborto y la situación de los embriones concebidos in vitro (p. 66)

**Art. 4º – Interrupción voluntaria del embarazo. (p. 68)**

- a) Aborto a demanda en las primeras 14 semanas de embarazo (p. 68)
- b) Sobre el plazo de 14 semanas (p. 68)
- c) Inconstitucionalidad de la ley por violación del derecho a la vida (p. 69)
- d) La existencia de causales de despenalización desde 1921 (p. 71)
- e) Discriminación entre personas deseadas y no deseadas (p. 72)
- f) Sobre la causal “violación” (p. 73)
- g) El veto de la palabra “integral” y la causal “salud” (p. 74)
- h) Los fundamentos del veto a la palabra “integral” (p. 75)
  - h.1) El debate en el Senado (p. 75)
  - h.2) Mantener las causales ya vigentes en el Código Penal desde 1921 (p. 78)
  - h.3) La autosuficiencia del concepto de “salud” (p. 78)
- i) Algunas conclusiones provisionales sobre el veto y la causal “salud” (p. 79)
- j) El aborto de personas con discapacidad (p. 80)

**Art. 5º – Derechos en la atención de la salud. (p. 83)**

- a) Alcance de la norma (p. 84)
- b) ¿Quién realiza el aborto? (p. 85)
- c) Deber de denunciar (p. 86)
- d) Amenazas al equipo de salud (p. 86)
- e) Retaceo de información a la madre (p. 87)
- f) Exclusión del padre del por nacer y contradicciones con las normas sobre responsabilidad parental (p. 89)

**Art. 6º – Información y tratamiento del aborto y de la salud sexual y reproductiva. (p. 91)**

- a) Antecedentes de la norma (p. 91)
- b) Alcance de la norma (p. 91)

**Art. 7º – Consentimiento informado. (p. 93)**

- a) Alcance de la norma (p. 93)
- b) Una valoración del texto (p. 94)

**Art. 8º – Personas menores de edad. (p. 95)**

- a) Antecedentes del artículo 8 (p. 95)
- b) Valoración de la norma (p. 97)
  - i) La confusión e imprecisión de la norma en concordancia con el art. 26 CCC (p. 97)
  - ii) La posible intervención de allegados, referentes afectivos o adultos responsables (p. 98)
  - iii) La violación de derechos constitucionales de los padres (p. 100)
  - iv) Incoherencia con el Código Civil y Comercial (p. 102)
- c) Resumen de nuestra interpretación del art. 8 (p. 103)

**Art. 9º – Personas con capacidad restringida. (p. 105)**

- a) Alcance de la norma (p. 105)
- b) Personas con capacidad restringida (p. 106)
- c) Personas declaradas incapaces (p. 106)
- d) La presencia de una persona allegada (p. 107)

**Art. 10 – Objeción de conciencia. (p. 108)**

- a) Alcance de la norma (p. 108)
- b) Sobre la objeción de conciencia individual (p. 108)
- c) Fundamento normativo de la objeción de conciencia (p. 111)
- d) Valoración crítica de la norma (p. 112)
- e) Otras normas referidas a la objeción de conciencia (p. 113)

**Art. 11 – Objeción de conciencia. Obligaciones de los establecimientos de salud. (p. 116)**

- a) Alcance de la norma (p. 116)
- b) La llamada “objeción de conciencia institucional” y su fundamento normativo (p. 117)

**Art. 12 – Cobertura y calidad de las prestaciones. (p. 120)**

- a) Alcance de la norma (p. 120)
- b) Valoración de la norma (p. 120)

**Art. 13 – Educación sexual integral y salud sexual y reproductiva. (p. 122)**

- a) Alcances del artículo (p. 122)
- b) Valoración crítica del artículo (p. 123)

**Art. 14 – Modificación del Código Penal – Art. 85. (p. 124)**

- a) Alcances de la norma (p. 124)
- b) Modificaciones del delito de aborto realizado con consentimiento de la madre (p. 124)
- c) Casos no contemplados por la norma (p. 125)
- d) El bien jurídico tutelado (p. 125)
- e) En torno a la pretendida ineficacia de la ley penal (p. 125)

**Art. 15 – Incorporación del artículo 85 bis al Código Penal. (p. 127)**

- a) Alcances de la norma (p. 127)
- b) Ubicación metodológica (p. 127)
- c) Carácter abierto de la norma (p. 128)
- d) Las amenazas al equipo de salud (p. 128)

**Art. 16 – Sustitución del artículo 86 del Código Penal. (p. 131)**

- a) Alcance de la norma (p. 131)
- b) La primera frase del art. 86 (p. 131)
- c) Sobre la obligación constitucional de proteger penalmente la vida por nacer (p. 132)
- d) Eliminación de la pena complementaria de inhabilitación (p. 133)
- e) La causal “violación” (p. 134)
- f) La causal “salud” (p. 135)
- g) El veto de la palabra “integral” en la causal “salud” (p. 135)

**Art. 17 – Sustitución del artículo 87 del Código Penal. (p. 136)**

- a) Alcance de la norma (p. 136)

**Art. 18 – Sustitución del artículo 88 del Código Penal. (p. 137)**

- a) Alcance de la norma (p. 137)

b) La eximición de pena (p. 137)

**Art. 19 – Capacitación. (p. 138)**

a) Alcance de la norma (p. 138)

**Art. 20 – Autoridad de aplicación. (p. 139)**

a) Alcance de la norma (p. 139)

**Art. 21 – Orden público. (p. 140)**

a) Alcances de la norma (p. 140)

b) La competencia del Congreso y la cuestión federal (p. 141)

**Art. 22 – De forma. (p. 145)**

a) Promulgación y veto parcial de la ley (p. 145)

## 1. Introducción

El 15 de enero de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo que legaliza el aborto en Argentina. La nueva norma tiene como origen un proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso el 18 de noviembre de 2020, que tuvo un rápido tratamiento y resultó sancionado el 30 de diciembre de 2020. Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la ley el 14 de enero de 2021 con veto a dos artículos.

Durante todo el debate desde el Centro de Bioética, Persona y Familia participamos intensamente en la discusión pública y académica del texto legal<sup>1</sup>, con diferentes boletines de análisis del proyecto de ley<sup>2</sup>, sus fundamentos<sup>3</sup>, del dictamen de Comisión<sup>4</sup>, del texto con media sanción<sup>5</sup>, del texto sancionado<sup>6</sup> y del decreto que promulgó la norma y la vetó parcialmente<sup>7</sup>.

Así, tomando como base esos análisis y profundizándolos, nos proponemos en esta ocasión ofrecer un comentario completo de los 22 artículos de la ley<sup>8</sup>, como contribución para el estudio y aplicación de una ley que, entendemos, es injusta e inconstitucional. Este trabajo tendrá como base el estudio de los debates parlamentarios a partir de las versiones taquigráficas de las discusiones de la ley en el Congreso. También se tendrá en cuenta los proyectos legislativos anteriores que la llamada Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito venía presentando en el Congreso, desde 2008 (expediente nro. 2700-D-2008), cada dos años (exptes. 998-D-2010; 1218-D-2012; 2249-D-2014; 4161-D-2016; 230-D-2018). El proyecto presentado en 2018 obtuvo media sanción por la Cámara de Diputados, pero fue rechazado por el Senado el 8 de agosto de 2018<sup>9</sup>. Así, se volvió a presentar el proyecto en 2019 bajo el expediente 2810-D-2019<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver en general las notas publicadas en <https://centrodebioetica.org/category/nt/ab/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>2</sup> <https://centrodebioetica.org/analisis-del-proyecto-de-legalizacion-del-aborto-2020-y-del-proyecto-de-cuidado-integral-de-la-madre-y-el-nino/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>3</sup> <https://centrodebioetica.org/reflexiones-sobre-los-fundamentos-del-proyecto-de-legalizacion-del-aborto-en-argentina/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>4</sup> <https://centrodebioetica.org/analisis-preliminar-del-dictamen-de-las-comisiones-en-favor-de-la-legalizacion-del-aborto/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>5</sup> <https://centrodebioetica.org/media-sancion-al-proyecto-de-legalizacion-del-aborto-en-argentina/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>6</sup> <https://centrodebioetica.org/congreso-sanciona-ley-de-aborto-en-argentina/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>7</sup> <https://centrodebioetica.org/promulgada-la-ley-27610-de-aborto-en-argentina-con-veto-de-una-palabra/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>8</sup> Agradezco a María Inés Franck, Catalina E. Arias de Ronchietto, Débora Ranieri, Úrsula Basset, Ignacio de la Riva, Leonardo Pucheta, Juan Bautista Eleta y Alejandro Williams Becker la lectura de un borrador de este trabajo y sus comentarios y sugerencias. Agradezco al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Dr. Pablo Garat, por su aliento a publicar este trabajo. Los errores que haya en el trabajo son exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>9</sup> Ver nuestro informe: Centro de Bioética, Persona y Familia, "Textuales. Un análisis del debate de aborto en el Senado", 7 de agosto de 2018, en <https://centrodebioetica.org/textuales-un-analisis-del-debate-de-aborto-en-el-senado/> (último acceso: 2-2-2021). Ver también Martínez Oliver, Facundo, "La evolución de la letra sigue verde", El Derecho - Diario, Tomo 284, 16-08-2019, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-933.

<sup>10</sup> Sobre el tema ver nuestro informe: Centro de Bioética, Persona y Familia, "Los proyectos de legalización del aborto y su evolución en el tiempo (2008-2019)", Lafferriere, Jorge Nicolás

Este comentario comienza con la descripción del trámite legislativo de la ley 27610, presenta un resumen de la ley seguido de una valoración general y luego se estructura en torno a los distintos artículos de la norma.

## **2. Trámite legislativo de la Ley 27610**

### **a) Cámara de Diputados de la Nación (cámara de origen)**

Mensaje nro. 134 y Proyecto de ley de regulación del acceso a la interrupción voluntario del embarazo y a la atención posaborto (INLEG-2020-79395494-APN-PTE - MENSJ-2020-134-APN-PTE) fechado el 17-11-2020 y firmado por Alberto Fernández (Presidente), Santiago Cafiero, Ginés Mario González García, Elizabeth Victoria Gómez Alcorta y Marcela Miriam Losardo.

Fecha de ingreso: 18-11-2020

Expte. en Cámara de Diputados: 11-PE-2020 – Trámite Parlamentario n. 172/2020.

Comisiones intervinientes (Diputados): Legislación General, Legislación Penal, Mujeres y Diversidad y Acción Social y Salud Pública

Fecha de las sesiones conjuntas de comisiones en Diputados: 1, 2, 3 y 4 de diciembre de 2020.

Fecha de dictamen de Comisión: 9 de diciembre de 2020 – Orden del día 352-2020.

Fecha de consideración y aprobación en Cámara de Diputados: 10 y 11 de diciembre de 2020.

### **b) Senado de la Nación (cámara revisora)**

Fecha de ingreso: 11 de diciembre de 2020

Expte. en Senado de la Nación: CD-53-2020 – Diario de Asuntos Entrados 145-2020.

Comisiones intervinientes (Senado): Banca de la Mujer, Justicia y Asuntos Penales, Salud.

Fecha de las sesiones conjuntas de comisiones en Senado: 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2020.

Fecha de dictamen de las comisiones: 17 de diciembre de 2020 – Orden del día 716/2020.

Fecha de consideración y sanción en Senado de la Nación: 29 y 30 de diciembre de 2020.

### **c) Poder Ejecutivo Nacional**

Promulgación por el Poder Ejecutivo: Decreto 14-2021 del 14 de enero de 2021 (Observación parcial de la palabra "integral" en los artículos 4 y 16).

Publicación en Boletín Oficial: 15 de enero de 2021 – Ley 27610.

Entrada en vigencia: 24 de enero de 2021.

### 3. Resumen de la ley 27610

- El objeto de la ley es “regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto” (art. 1).
- En el art. 2 enuncia derechos en general de la ley y en el art. 3 el marco normativo.
- Permite abortar sin invocar causales hasta la semana 14, inclusive, como un pretendido derecho (art. 4).
- Permite abortar fuera del plazo de las 14 semanas en caso de embarazo proveniente de una violación y si estuviere en peligro la vida o la salud de la madre (art. 4).
- Regula la información que se brinda a la madre, quien tiene derecho a realizar el aborto “en los servicios de salud o con su asistencia” en un plazo máximo de 10 días corridos desde su requerimiento (art. 5).
- Regula el “consentimiento informado” de las personas menores de edad, distinguiendo entre mayores de 16 años, que pueden decidir por sí el aborto, y menores de 16 años, en que la norma señala que se requerirá su consentimiento y se procederá de conformidad con lo dispuesto “en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673” (art. 8).
- Regula el “consentimiento informado” de las personas con capacidad restringida (art. 9).
- Regula la objeción de conciencia individual (art. 10), como así también la situación planteada cuando todos los profesionales de un establecimiento de salud son objetores de conciencia (art. 11).
- Dispone la cobertura obligatoria del aborto por todo el sistema de salud (art. 12), que queda incluido en el Programa Médico Obligatorio.
- Incorpora un artículo referido a la obligación de “capacitar sobre perspectiva de género y diversidad sexual a los y las docentes y a los y las profesionales y demás trabajadores y trabajadoras de la salud, a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes soliciten realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley, así como a los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que actúen en dichos procesos” (art. 85 bis CP).
- Reforma los arts. 85 a 88 del Código Penal: a) reduciendo la pena para quien causare un aborto con consentimiento de la madre fuera de los casos previstos en la ley (art. 85 CP); b) eliminando la agravante para quien causare un aborto seguido de la muerte de la madre si obró con su consentimiento (art. 85 CP); c) incorporando una norma para sancionar penalmente al profesional de la salud o funcionario que dilatare injustificadamente, se negare a realizar u obstaculizare un aborto (nuevo art. 85 bis CP); d) eliminando la sanción de inhabilitación especial para los profesionales de la salud condenados por aborto (art. 86 CP); e) modificando los supuestos de abortos no punibles del art. 86 CP a la luz del art. 4 de la ley; f) subiendo de dos a tres años la pena para quien “con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare” (art. 87) CP; g) modificando el art. 88 CP sobre la punición de la mujer que causa su

propio aborto fuera de los casos autorizados por la ley, que ahora es sancionada “con prisión de tres (3) meses a un (1) año” y agregando que “podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta” y que la tentativa de la madre “no es punible”.

- Dispone que el personal de salud deberá capacitarse en los contenidos de esta ley (art. 19).
- Remite al Poder Ejecutivo la determinación de la autoridad de aplicación de la ley (art. 20) y se afirma que se trata de una ley de orden público (art. 21).

#### **4. Valoración de conjunto de la ley 27610**

Ofrecemos una síntesis de las principales objeciones que merece la ley:

- Viola el derecho a la vida de las personas por nacer al permitir que sean eliminadas.
- Discrimina entre personas por nacer según sean deseadas o indeseadas, de modo que, de sancionarse la norma, habría tres momentos en que comenzaría la protección jurídica de la persona: la concepción, el final de la semana 14 del embarazo o el nacimiento, según sea la decisión de la madre.
- Legaliza el aborto prácticamente hasta el fin del embarazo por la amplitud de las causales de aborto no punibles luego de la semana 14 y por la reforma del art. 88 del Código Penal para excusar a la mujer que se practique su propio aborto.
- Obliga a los profesionales de la salud a ejercer la profesión bajo amenaza de considerar su conducta como “violencia contra la mujer” (art. 5) y de sanciones penales si se negaren, obstaculizaren o dilataren injustificadamente un aborto (art. 15 que incorpora el art. 85 bis al Código Penal).
- Condiciona la libertad de acción de los profesionales de la salud al amenazarlos con sanciones y obligarlos a suministrar la información sobre el pretendido derecho al aborto “incluso si no hay una solicitud explícita” (art. 5.e), a no dar “información inadecuada” (art. 5.e) y a no dar consideraciones personales o axiológicas (art. 5.d).
- Promueve el aborto a través de un recorte de la información que se ofrecerá a la madre y sin ofrecer alternativas reales.
- Desconoce los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos al regular el consentimiento informado y permite que la niña vaya a requerir el aborto sin conocimiento de los padres. La regulación imprecisa del consentimiento informado remite a unas normas difusas sobre si debe la persona menor de edad ir acompañada y en su caso por quién. Ello conducirá a una incertidumbre para el ejercicio de los profesionales de la salud, que no sabrán cómo proceder ante el requerimiento de aborto por parte de una persona menor de edad y la disparidad de criterios sobre cuándo y quién debe concurrir acompañándola.
- Genera las condiciones jurídicas para que se expanda el aborto sistemático de personas con discapacidad, tal como ha ocurrido en otros países que han legalizado el aborto sin expresión de causales durante las primeras 14 semanas, por la disponibilidad y difusión de los estudios prenatales, cada vez más precisos, no invasivos, rápidos y tempranos.
- Restringe seriamente la objeción de conciencia individual al establecer que solo puede ser ejercida por el profesional de la salud que interviene “de manera directa” en el aborto, y obligándolo a derivar a la paciente.
- Regula confusamente los derechos de las instituciones que en razón de su ideario, estatutos o normas fundamentales no pueden realizar abortos (la llamada “objeción de conciencia institucional”).
- Excluye al padre del niño por nacer y dispone que “solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8º de la presente ley” (art. 5.b).
- Impone la ideología de género en la capacitación docente y del personal de salud, violentando las libertades educativas fundamentales.

## **5. Comentario a la ley 27610 de interrupción voluntaria del embarazo**

**Art. 1º – Objeto.** La presente ley tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

### **a) El objeto de la ley**

La ley parte de presuponer la existencia de una decisión de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo como pretendido derecho (art. 2). En tal marco, el art. 1 delimita como “objeto” de la ley “regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto”. Se diferencia así del proyecto que había tenido media sanción en la Cámara de Diputados en 2018 y que fue finalmente rechazado por el Senado (en adelante “proyecto de 2018”), que sostenía que el objeto de esa ley era “garantizar el derecho de las mujeres o personas gestantes a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con las disposiciones de la misma” (art. 5).

Por otra parte, a diferencia del proyecto de 2018, la ley comienza con la descripción de su objeto, marco normativo, derechos regulados y luego incorpora las reformas al código Penal. En cambio, en 2018 los primeros artículos estaban dedicados a las reformas penales.

Claramente se advierte ya desde el primer artículo la primacía que la ley otorga a la autonomía de la voluntad de la mujer, soslayando en forma completa cualquier consideración a la persona por nacer, su dignidad y derecho a la vida.

En la misma línea, sostener que hay que regular el acceso al aborto supone también que se modifiquen las normas penales que justamente señalan como disvaliosa la decisión de abortar. De allí que la ley también tenga por finalidad la modificación de los artículos 85 a 88 del Código Penal.

### **b) Sobre los fundamentos de la ley**

En el Mensaje 134 de elevación del Proyecto 2020, el Poder Ejecutivo brinda las razones que llevaron a proponer la ley. En sintético resumen, el principal argumento que alegan es el siguiente: las mujeres que deciden realizar un aborto se ven forzadas por la amenaza penal a concurrir a un lugar clandestino y ello las coloca en una situación de riesgo para su salud. Así, se considera que “el Estado es ineficaz porque el embarazo y la maternidad forzados no son una opción a considerar por muchas personas. Sin dudas, hay mujeres que deciden continuar un embarazo no intencional. Muchas eligen, aceptan, o incluso desean transitar una gestación y una maternidad en las mismas circunstancias que para otra mujer resulta inaceptable. En ambos casos, esa decisión debe ser respetada y es indelegable. El Estado ha fracasado al pretender soslayarla; en ambos casos el Estado debería ser respetuoso y acompañar a cada una en sus convicciones y en la situación especial que le toca vivir”.

En otro pasaje se afirma: “La legislación vigente no es efectiva... La existencia de la amenaza penal no solo ha sido ineficiente demostrando que el devenir social transcurre más allá de la misma norma. También ha condenado a muchas mujeres, generalmente de escasos recursos, a recurrir a prácticas abortivas en la más absoluta clandestinidad, poniendo en riesgo su salud y a veces su vida misma”.

“Es por ello que el primer artículo de este proyecto de ley da cuenta de esa realidad que sucede más allá de las amenazas de sanción penal, que es el problema de salud pública que producen la clandestinidad y la falta de acceso a servicios sanitarios para la atención del aborto”.

En respaldo de este argumento se citan distintas recomendaciones de organismos internacionales que refieren a los problemas de salud que se derivan de la clandestinidad del aborto. Además, se traen algunas estadísticas sobre abortos y mortalidad materna y ejemplos de derecho comparado.

### **c) Una valoración crítica de los presupuestos de la ley**

#### **c.1) Las razones que llevan a abortar y su pretensa inevitabilidad**

En los fundamentos del proyecto de ley se parte de un presupuesto falso que se vincula con cierta inevitabilidad del aborto. En efecto, se sostiene que las mujeres buscan abortar como una decisión libre y que la amenaza penal no evita esa decisión. Pero tal presupuesto ignora que hay muy diversas realidades detrás de una decisión sobre el aborto. Son reveladores los datos que surgen de un estudio realizado en Chile sobre embarazo vulnerable por el Dr. Elard Koch sobre 3134 mujeres que cursaban embarazos no planificados o no intencionados y presentaban riesgo de aborto<sup>11</sup>. De todas ellas, 486 mujeres manifestaban explícitamente su decisión de terminar con el embarazo. En este grupo, el motivo de consulta del 44,4% de las madres fue la coerción para abortar por parte de los padres o la pareja con o sin la presencia de violencia intrafamiliar; en el 22,8% fue por factores asociados a expectativas de vida incluyendo continuar estudios, proyecto de vida, situación socioeconómica y temor a ser madres solteras; en el 20,4% ocultar el embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres; en el 2,1% por abuso sexual y en el 1,9% por abandono de la pareja.

Así, la ley ignora que detrás de la mayoría de las madres que piensan en el aborto hay situaciones de vulnerabilidad que condicionan su libertad. En el estudio chileno citado podemos ver algunos de los determinantes de la decisión, que son completamente ignorados por los fundamentos del Poder Ejecutivo. Para un número significativo de madres, el aborto no es la primera opción y la ley no ofrece nada que resuelva esos condicionamientos. La ley presupone una decisión libre, donde en realidad hay una decisión fuertemente condicionada. Si realmente la ley se preocupara por garantizar la libre decisión, la respuesta no debería ser el aborto legal, sino el trabajo en las causas que llevan a abortar.

---

<sup>11</sup> Koch, Elard, “The Epidemiology of Abortion And Its Prevention in Chile”, *Issues Law Med.* 2015 Spring;30(1):71-85. PMID: 26103709. Seguimos el análisis hecho por el informe “Embarazo vulnerable: realidad y propuestas”, elaborado en conjunto por Idea País y Comunidad y Justicia, dirigido por Cristóbal Ruiz-Tagle Coloma, disponible en [http://www.chileesvida.cl/wp-content/files/Informe\\_embarazo\\_vulnerable.pdf](http://www.chileesvida.cl/wp-content/files/Informe_embarazo_vulnerable.pdf) (último acceso: 2-2-2021)

### **c.2) ¿Es el aborto una opción de la libertad reproductiva?**

Por supuesto, como también surge de las estadísticas chilenas, hay un grupo de madres que tienen la intención de abortar sin sufrir esos condicionamientos que antes mencionábamos. Los fundamentos del proyecto de ley daban por supuesta la “inevitabilidad” del aborto y de allí derivaban la necesidad de legalización. Pero incurre en contradicciones insalvables y se basa en fundamentos débiles y sesgados.

La ley da por presupuesto que el aborto es una opción más, que forma parte de los derechos reproductivos y los derechos sexuales. Ahora bien, no existe ningún tratado vinculante en que se precise que existe un derecho humano al aborto. Ciertamente existe una libertad reproductiva, que tiene un objetivo que es la concepción de un nuevo ser humano. Justamente, desde el momento en que ese ser humano comienza a existir, estamos en presencia de una nueva persona, con derechos y dignidad, que requiere también respeto jurídico en su inviolabilidad. La libertad reproductiva no puede involucrar el quitar la vida de otra persona.

En los fundamentos y en el texto del articulado ese nuevo ser queda completamente invisibilizado. La ley ignora todas las normas que refieren al comienzo de la existencia de la persona desde la concepción (art. 19 CCC y concordantes). Ignora la declaración interpretativa condicional que hizo la Argentina sobre la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la ley 23.849. Todo ese ordenamiento jurídico, que es muy sólido en el reconocimiento del derecho a la vida de la persona por nacer, es soslayado. Los fundamentos del proyecto tampoco abordan los argumentos que señalan que hay una discriminación insalvable entre la protección que se ofrece a las personas por nacer “deseadas” y las personas por nacer “no deseadas”.

La mera constatación de que hay un grupo de madres que buscan abortar no puede ser fundamento ético-jurídico suficiente para legalizar una práctica que consiste en la eliminación de una persona. La respuesta política debería ser la búsqueda de soluciones para los problemas de fondo que están llevando a esas personas a considerar el aborto.

### **d) La ley promueve el aborto**

En los fundamentos del proyecto el Presidente de la Nación destacaba “con énfasis” que “el hecho de garantizar estas condiciones legales que habilitan el aborto seguro, de ningún modo aumenta la probabilidad de que una mujer decida hacerlo; lejos de ello, se mejoran las condiciones legales de acceso al aborto seguro sin que ello implique que el número de abortos crezca. Lo que se pretende es que las personas gestantes que han tomado la decisión de abortar, lo hagan en forma segura para evitar que pongan en riesgo su vida y su salud y, al mismo tiempo, tengan la posibilidad de ingresar al sistema público de salud y de acceder a información útil para evitar en lo sucesivo, nuevos embarazos no intencionales y nuevos abortos”.

Ahora bien, no es verdad que la ley “de ningún modo” aumenta la probabilidad de que una mujer decida abortar (Mensaje 134-2020). En realidad, la ley promueve decididamente el aborto. Según el art. 5.e de la ley, el personal de salud y las autoridades públicas “tienen la obligación” de suministrar información sobre el aborto “incluso si no hay una solicitud explícita”. Además, se amenaza a los profesionales de la salud creando un

nuevo delito que impone pena de prisión de tres meses a un año a quien dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto (art. 14). Cualquier información que provea el personal de salud que pueda ser interpretada como contrariando la voluntad de abortar, y que en condiciones normales formaría parte de cualquier consentimiento informado, a tenor del art. 5 de la ley podría ser considerada una forma de violencia contra la mujer en los términos de la ley 26485. En efecto, en ese artículo se afirma que un objetivo es “erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres” (art. 5.a) y se dispone que “las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad” (art. 5.d). También se dice que el derecho a la información de la madre “incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada” (art. 5.c). Además, todos los profesionales de la salud tienen que capacitarse en aborto (arts. 13 y 19).

En síntesis, el articulado de la ley está lejos de ser “neutro” en cuanto a las decisiones de la madre sobre el embarazo. Como bien dijo Fernando Toller ante las comisiones del Senado el 17-12-2020, la ley es muy extrema pues “en cada bifurcación siempre toma el camino más difícil, que va más por el derecho a la autonomía de abortar y menos por la posibilidad del ser humano no nacido –del artículo 19 del Código Civil –de vivir, la que más impacta, también, en otros derechos, como libertad de expresión del médico, libertad religiosa, educar a los hijos, asociación, legalidad, etcétera”.

### **e) Las recomendaciones de organismos internacionales**

Como surge del texto del art. 1 de la ley 27610 de aborto y del mensaje 134 del Poder Ejecutivo por el que eleva el proyecto, un peso importante en la fundamentación de la nueva ley lo tuvieron las recomendaciones de organismos internacionales. En efecto, según el art. 1, la ley viene a dar cumplimiento a “*los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos*”.

Al respecto, en el Mensaje 134 se transcriben recomendaciones y observaciones generales de distintos organismos referidos al aborto. A continuación, ofrecemos una transcripción parcial del Mensaje 134:

- “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado en su Observación General 22 (año 2016), en la que se refiere al derecho a la salud reproductiva en el marco del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto, que “...El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos... la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (E/C.12/GC/22, Párrafo 10)”.
- “El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) ha señalado en su Recomendación general número 35, referida a la violencia de género contra la mujer,

que: "... Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante" (CEDAW/C/GC/35, Párrafo 18)".

- "El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en sus Observaciones Finales (OF) de octubre de 2018, en el marco del Cuarto Informe periódico de nuestro país, señaló: "El Comité está preocupado por los altos números de abortos peligrosos en el Estado parte, directamente ligado a la mortalidad materna, los obstáculos que encuentran para acceder al aborto en las causales previstas legalmente, como la falta de medicinas requeridas o el impacto negativo de la objeción de conciencia de médicos. El Comité lamenta también que no se haya aprobado la despenalización del aborto". Por esos motivos recomendó al Estado: a) Adoptar medidas efectivas para la implementación en todas las provincias de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN de 2012 sobre el aborto legal y garantizar que todas las provincias adopten protocolos para facilitar el acceso efectivo y el cuidado integral a las niñas y mujeres que recurren al aborto en los casos previstos en la ley vigente y en conformidad con dicha sentencia; b) Garantizar el acceso a los medicamentos que permiten una interrupción del embarazo seguro, como el misoprostol y la mifepristona; c) Establecer el marco legal y los servicios necesarios para garantizar el acceso al aborto en los casos previstos en la ley vigente a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y garantizar el acceso a instalaciones, suministros y servicios de atención a la salud para satisfacer las necesidades de atención previas y posteriores al aborto; d) Garantizar la provisión permanente de métodos anticonceptivos de corta y larga duración en todo el territorio nacional garantizando su accesibilidad y efectivo uso, así como mejorar la prevención, proveer los servicios de cuidado temprano y el control del embarazo con un enfoque intercultural, fortaleciendo la estrategia para el alta conjunta hospitalaria para los recién nacidos de alto riesgo; e) Adoptar medidas proactivas para garantizar que las leyes, regulaciones y prácticas pertinentes con respecto a las objeciones de conciencia por parte del personal médico para realizar o asistir en abortos legales no obstruyan el acceso rápido y efectivo al aborto y aseguren el trato profesional y en respeto de la dignidad humana de todas aquellas personas que buscan acceso a servicios de aborto; f) Tomar todas las medidas necesarias para liberalizar las condiciones para el aborto legal y en todo caso nunca criminalizar a las mujeres que recurren al aborto"[6]. [6] Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, párrafos 55 y 56".
- "El Comité de los Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina manifestó: "... observando con preocupación los obstáculos

a los que se siguen enfrentando los adolescentes en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva y a la educación en ese ámbito, la elevada incidencia de embarazos entre las adolescentes y el alto riesgo de mortalidad materna entre las madres adolescentes, así como el acceso insuficiente a métodos anticonceptivos modernos y de planificación familiar, el Comité recomienda al Estado parte que: ... b) Garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y tenida debidamente en cuenta en el proceso de decisión”[7]. [7] Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, Párrafo 32”.

- “El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW por su parte, en sus Observaciones Finales sobre el Sexto Informe periódico de Argentina expresó “su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal...” e instó al Estado a “que adopte todas las medidas necesarias para reducir aún más la elevada tasa de mortalidad materna. El Comité insta además al Estado parte a que revise la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres”[8]. [8] Comité CEDAW, Observaciones finales sobre el Sexto informe periódico de la Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/6, Párrafo 37 y 38”.
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la séptima evaluación periódica, señaló que: “preocupa profundamente al Comité el estancamiento de la tasa de mortalidad materna, debido, entre otras cosas, a los abortos practicados en condiciones de riesgo; el limitado acceso al aborto legal, en contravención de la legislación y de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en 2012; la frecuente negativa de médicos a practicar un aborto por razones de conciencia; y los casos de enjuiciamientos contra las mujeres que se han sometido a abortos”, e instó al Estado a que: “a) Reduzca la tasa de mortalidad materna, garantizando que las mujeres tengan acceso a servicios apropiados (incluidos servicios obstétricos de urgencia) en relación con el embarazo, como atención prenatal, de maternidad y postnatal, y aumente las partidas presupuestarias para la prestación de servicios ginecológicos y obstétricos en las zonas rurales y apartadas; b) Inicie procedimientos de rendición de cuentas para velar por que todas las provincias aprueben protocolos sobre la práctica del aborto no punible, en consonancia con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de 2012 y el protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo; c) Vele por que las mujeres tengan acceso a servicios de aborto legal y sin riesgo y de atención posterior al aborto, y defina y aplique requisitos estrictos de justificación para prevenir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, considerando en particular los casos de embarazo temprano como consecuencia de violación o incesto que pueden equivaler a tortura; d) Acelere la aprobación del proyecto de ley relativo a la interrupción voluntaria del embarazo aumentando el acceso legal al aborto, no solo en los casos de violación y de riesgo para la vida o la salud de la madre,

sino también en otras circunstancias, como en los casos de incesto y riesgo de graves malformaciones del feto.”[9] [9] Comité CEDAW, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, párrafo 32 y 33.

- “El Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales de 2016, en ocasión de la quinta evaluación periódica señaló: “El Comité expresa su preocupación por el “caso de Belén”, en que se utilizó la figura del delito de homicidio agravado para una supuesta alegación de aborto ilegal y que la acusada esté todavía privada de libertad. El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes (arts. 3,6, 7 y 17)”.

El tema fue enfatizado por varios de los expositores en las reuniones de Diputados y Senado. Podemos mencionar a Aída Kemelmajer de Carlucci, quien sostuvo el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados: “todos estos organismos, nuestra Corte, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo sostienen que hay una interpretación dinámica de los textos; eso significa que los tratados se interpretan conforme a las realidades y a las necesidades vigentes, no mirando hacia atrás”.

Para dar fundamento a la pretendida exigibilidad jurídica de estas recomendaciones, sobre todo ante la evidente ausencia de una norma expresa que señale algún derecho al aborto y la contrapuesta evidencia de que las normas argentinas protegen la vida desde la concepción, los expositores enfatizaron el rol de estos organismos como los encargados de “interpretar” el objeto y fin de los Tratados respectivos. En esta línea Andrés Gil Domínguez invocó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 19 y 31), aunque vale aclarar que esos artículos no refieren a los organismos internacionales sino a las reglas generales de interpretación y los alcances de reservas y declaraciones interpretativas (Exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

Otro argumento dado por Andrés Gil Domínguez señala que cuando recibió los informes particulares transcritos, el Estado argentino “los ha acatado; no ha hecho ninguna manifestación frente a Naciones Unidas; no ha hecho ninguna expresión por los canales diplomáticos expresando que, en estos informes, se estaba violando o desconociendo la declaración interpretativa realizada por el Estado argentino oportunamente; con lo cual se le aplica la teoría de los actos propios –o el principio de estoppel– respecto de que existe una conducta del Estado argentino, frente a la comunidad internacional, de aceptación, que es compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño, un proyecto de ley como el que se está discutiendo en este momento en el Congreso” (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

#### **f) Una valoración ético-jurídica de las recomendaciones de los organismos internacionales**

El argumento de las recomendaciones de organismos internacionales jugó un rol fundamental en las posturas de los que se pronunciaron a favor de la ley, en los aspectos jurídicos. En distintos pasajes de este comentario volveremos sobre el tema, especialmente al momento de considerar los alcances de la declaración interpretativa o reserva que realizó la República Argentina al momento de aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño a través de

la ley 23849 en el sentido que entendía que niño era todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años.

A continuación, ofrecemos algunas razones de fondo que responden a este argumento y contribuyen a fortalecer la postura que considera inconstitucional la legalización del aborto en Argentina.

### **f.1) No existe un derecho al aborto en los Tratados**

El principal argumento para desechar esta postura que sostiene la obligación de legalizar el aborto con base en los Tratados Internacionales consiste en reconocer que no hay ningún tratado que reconozca un derecho al aborto. Así lo explicaba María Angélica Gelli ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020: “debemos tener en cuenta que en ninguno de los tratados de derechos humanos aparece el derecho a abortar, que en el proyecto de ley está subsumido en los derechos a la libertad sexual y los derechos reproductivos, que sí son derechos consagrados en los tratados”.

Por su parte, Alfonso Santiago, al responder las preguntas de los senadores el 15-12-2020, sostuvo: “La propia Corte Europea ha reconocido que no existe el derecho al aborto como derecho humano. Por tanto, les reconoce a los países un margen nacional de apreciación para poder decidir eso. No hay un derecho –al nivel de los derechos humanos– al aborto”.

### **f.2) ¿Una interpretación “evolutiva”?**

La discusión en torno a estas “recomendaciones” dejó en evidencia que no hay una norma expresa en ninguno de los Tratados que consagre un pretendido derecho al aborto y, por el contrario, que sí hay una clara protección constitucional y legal de la vida humana desde la concepción. Se entiende así la preocupación por enfatizar la decisiva importancia de la “interpretación internacional” en favor del aborto, como mecanismo para intentar desarmar la solidez de la postura en favor del derecho a la vida.

Al respecto, se alega una interpretación “evolutiva” realizada por estos organismos para justificar el supuesto derecho al aborto. Lo afirma Kemelmajer de Carlucci el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados, cuando se le pregunta si hay un derecho al aborto. Ella reconoce que no hay una norma que expresamente sostenga tal derecho pero justifica su postura a partir de la autonomía, de la siguiente forma: “La segunda pregunta que se me formula es si hay algún tratado que hable del derecho a abortar. Como recién pude insinuar, como los tratados se formulan y se ratifican en un determinado momento, es necesario hacer de esos tratados una interpretación evolutiva -que también se llama interpretación dinámica- para ir acercándolos a las circunstancias que tenemos en el momento en que deben ser aplicados. Voy a dar un ejemplo. La Convención Europea de Derechos Humanos, en su texto original, no hablaba del derecho a un ambiente sano. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos derivó ese derecho al ambiente sano del derecho a la vida familiar, sosteniendo que la familia no está en lo abstracto, sino que debe estar materialmente en un lugar. Entonces, de un derecho de la Convención se derivan otros derechos. Por eso no nos tiene que asombrar que no haya una teoría del derecho al aborto”.

En este sentido, María Angélica Gelli recordó el voto del doctor Rosatti y el dictamen del entonces procurador Righi a propósito de las obligaciones

contraídas por nuestro país a partir de los tratados en el sentido que “las interpretaciones tienen valor retórico, por supuesto que sí; tienen valor dentro de lo que acompaña el tratado. Pero no pueden modificar el sentido del tratado” (exposición ante las comisiones de Diputados, 2-12-2020).

Un punto que aporta Sagüés es que “que los integrantes de este Comité de Derechos Humanos no son jueces, no son sujetos imparciales ni independientes. Incluso, algunos de los miembros de estos comités se encuentran directamente involucrados en un proceso abortista. Por lo tanto, los dictámenes emitidos por ellos no tienen las características que deben fortalecer una decisión judicial” (exposición ante Diputados, 2-12-2020).

Entre quienes reconocen la posibilidad de tal interpretación evolutiva se encuentra Néstor Sagüés, pero, a diferencia de Kemelmajer, sostiene que tal interpretación tiene como límite el derecho a la vida del por nacer: “He adherido a la tesis, reiteradamente patrocinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que el Pacto de San José de Costa Rica es una convención viviente que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias de la vida. Pero esa vivencia de la convención no puede significar la extinción de los derechos de uno para satisfacer los derechos de otro. Es decir, los derechos de la mujer pueden y deben ser incrementados a través de una jurisprudencia evolutiva, creativa y enriquecedora y también de opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero ese despliegue perfectamente lógico, explicable y aplaudible de los derechos de la mujer conforme las actuales pautas culturales que al respecto existen, tiene el tope de la no privación arbitraria de la vida del otro. Es decir, no puede entenderse el desarrollo de los derechos de una persona –una mujer, en este caso- en el extremo que implique la facultad de extinguir, de acuerdo a su libre y soberana autonomía de la voluntad, la vida de la persona que está por nacer” (exposición ante Diputados, 2-12-2020).

Por mi parte, coincido con Vítolo cuando sostuvo que “el derecho internacional no exige a nuestro país, ni a ningún otro, que reconozca el derecho al aborto. De igual modo, también reitero que ningún tratado reconoce, ni expresa implícitamente, dicho derecho. Sostener lo contrario no constituye una interpretación de buena fe de los tratados de los que nuestro país es parte” (exposición ante Senado, 15-12-2020).

### **f.3) Las recomendaciones no son derecho vinculante**

Otro argumento para refutar este argumento favorable al aborto consiste en reconocer que estamos ante “recomendaciones”. Así lo explicaron varios expositores en Diputados y el Senado. Por ejemplo, Néstor Sagüés en su intervención ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020, respondiendo a una pregunta sobre el valor de un dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en torno a la viabilidad del aborto, sostuvo; “ese dictamen existe, pero muchos entendemos que no es derecho compulsivo ni derecho obligatorio sino persuasivo. De todas formas, ese dictamen se encuentra desnaturalizado por su propia contradicción con otros instrumentos nacionales y particularmente internacionales que aseguran la vida de la persona por nacer”.

Por su parte, Gelli hizo referencia el 2-12-2020 al dictamen del exprocurador Righi en el fallo Acosta quien “señaló que el Estado argentino -voy a mencionar dos artículos, el 67 y el 68- está obligado a cumplir los tratados y

las sentencias de la Corte Interamericana cuando el Estado es condenado. Esa es la única obligación, el resto, el corpus jurídico de los distintos organismos de derechos humanos, tiene valor, pero no un valor vinculante de la misma manera en que la tienen los tratados con jerarquía constitucional”.

También María Inés Franck se había referido a la obligatoriedad de las recomendaciones de organismos internacionales en su intervención ante la Cámara de Diputados el 12 de abril de 2018. Allí afirmó: “El inciso 1 del art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro: lo único que compromete a los Estados Partes en la Convención es una decisión de la Corte en todo caso en que ese Estado sea parte. Se entiende que, a contrario sensu, no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que fueron partes, o sea, la jurisprudencia legal del tribunal”<sup>12</sup>.

Alfredo Vítolo fue especialmente incisivo en el análisis de esta cuestión: “Sí es cierto que, diversos comités de seguimiento de los tratados han formulado observaciones y recomendaciones a este país para que se legalice tal derecho. Pero quiero ser, una vez más, enfático en la afirmación que dichas observaciones y recomendaciones son precisamente eso –observaciones y recomendaciones–, y no disposiciones de cumplimiento obligatorio para nuestro país” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020). Para fundar su afirmación, Vítolo citó justamente el “tercer Protocolo Facultativo Tres de la Convención sobre Derechos del Niño, que autoriza al Comité a recibir comunicaciones en donde se alegue la violación”, que “señala en su artículo 11 –y cito textualmente–: “El Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones...” del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones...”. “Debida consideración”; no “obligatoriedad.” Reitero, entonces, una vez más: sostener que reconocer el derecho al aborto es una exigencia del derecho internacional, no resulta cierto” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

A lo dicho por Vítolo podemos agregar lo que aporta Toller cuando señala que los arts. 44 y 45 de la Convención dicen expresamente que el Comité de Derechos del Niño emite “recomendaciones”. Y respecto a la redacción de la Observación 36 del Comité de Derechos Humanos del año 2019, indicó que “el 80 por ciento de los verbos que utilizan, en inglés y en español, son “debería”, no “debe”: son sugerencias que los estados aceptan. Pero, claro: los estados aceptan de buena fe cuando la sugerencia es de buena fe” (exposición ante las comisiones del Senado, 17-12-2020).

Una perspectiva adicional es la que señala Ricardo Bach cuando afirma: “Dado que la actuación de los entes de existencia ideal se halla condicionada por las normas jurídicas de su creación que fijan su competencia, toda acción de los órganos de monitoreo que transgrediera de esos límites sería irremediabilmente nula e inválida. Evidentemente, y con mayor razón, sus

---

<sup>12</sup> Refuerza esta interpretación el dictamen del Procurador General en la causa "Acosta" (Fallos 335:533, del 8/5/2012), que a su vez remite a los propios dictámenes de la CIDH y a la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Procurador afirmó en ese dictamen: "las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado".

acciones tampoco podrían jamás encaminarse a la consagración de la violación de los derechos humanos que reconocen los instrumentos que dieron lugar a su creación, ni a ningún otro, pues carecen en absoluto de validez los actos que pudieran adolecer de este vicio”<sup>13</sup>.

Lógicamente, sostener que estos documentos no son vinculantes no significa que haya que ignorarlos en la medida que sean válidos. Este punto fue abordado por Alfonso Santiago, quien al responder una pregunta ante los senadores el 15-12-2020 explicó que “en modo alguno son obligatorios y vinculantes los dictámenes de estos organismos. La Corte Suprema Argentina dice que son pautas insoslayables de interpretación, algo que uno tiene que tener en cuenta, pero jamás tienen un carácter vinculatorio y obligatorio”. Y luego agrega: “la propia Corte Suprema, no frente a una observación de un comité sino frente a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino, en el caso Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Estado Argentino, dijo que nunca ese fallo podía ser obligatorio si va en contra de la Constitución”.

#### **f.4) La ley va mucho más allá de lo que dicen las recomendaciones**

Un aspecto señalado agudamente por Úrsula Basset es el hecho de que las recomendaciones de los organismos se refieren a la despenalización y la ley que se ha aprobado constituye una amplísima y desproporcionada legalización del aborto, que soslaya por completo la consideración del derecho a la vida de la persona por nacer. Dijo Basset: “Es verdad que el Comité de Derechos del Niño –como dice el doctor Gil Domínguez– en varias ocasiones nos ha dicho que, en la medida de lo posible, tenemos que despenalizar. ¡Despenalizar! No crear un derecho: despenalizar... Ahora, otra vez estamos ante el problema de la proporcionalidad. Porque, verdaderamente, qué tiene más valor: ¿una recomendación del Comité o el artículo 75, inciso 23, que explícitamente establece a cargo del Estado... la obligación de proteger al niño desde el embarazo? Más explícito, imposible” (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

#### **f.5) El art. 27 de la Constitución Nacional**

Un argumento muy importante desde la perspectiva constitucional está vinculado con el texto del art. 27 de la Constitución Nacional. Así lo explicó Gelli en su intervención del 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados: “la Corte Suprema, con un voto del juez Rosatti, lo ha dicho recientemente. Hay un artículo de la Constitución, el 27, que obliga al Estado argentino, al gobierno nacional, a respetar los principios del derecho público, que son los que están en los tratados y en la Constitución. Por lo tanto, creo que hay que ser muy cuidadosos con lo que deciden los organismos internacionales o regionales. Nosotros estamos obligados por los organismos regionales: la Comisión Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, hay una serie de organismos -los podría llamar de seguimiento de cumplimiento de los tratados internacionales- que emiten una serie de recomendaciones... Esas definiciones no tienen el mismo valor que un tratado y, mucho menos, que la Constitución Nacional. Esto está enlazado con la declaración unilateral que hizo el Estado argentino a propósito de que se considera al niño desde la concepción hasta los 18 años. Por

---

<sup>13</sup> Bach de Chazal, Ricardo, “Los organismos internacionales de derechos humanos y el aborto”, El Derecho - Diario, Tomo 278, 30-07-2018, Cita digital: ED-DCCLXXVII-397.

supuesto que el Estado allí no hizo una reserva para obligarse a menos, sino para obligarse a más. Eso está protegido por la propia Convención Americana de Derechos Humanos, que dice expresamente que cuando en el orden interno hay una mayor protección -en este caso para el niño, para el no nacido, para el más inocente de todos, para el que no tiene defensas y se ha decidido suprimir- esa convención obliga más, y obliga al Estado argentino. La propia convención dice que cuando el Estado parte da una mayor protección debe prevalecer esa mayor protección sobre cualquier otra norma de los tratados. No nos olvidemos de que los tratados, en principio, son un piso mínimo para la protección de los derechos en todo tiempo y espacio. Son una especie de nuevo derecho natural de todas las personas, que ahora es un derecho positivo y está consagrado en normas específicas”.

#### **f.6) La mayor protección del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico nacional**

En relación a las recomendaciones de los organismos internacionales, un argumento que señalara en 2018 María Angélica Gelli es el que afirma que nuestro país ha dado una mayor protección al derecho a la vida y ello es perfectamente compatible con el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así lo expresa Gelli: “Como se advierte, me he referido, sólo, a los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que integran el derecho interno de nuestro país y protegen el derecho a la vida desde la concepción. No desconozco, por cierto, lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha denominado jurisprudencia internacional emanada de distintos organismos que tienen, ellos mismos, diferente jerarquía en el orden internacional. Estos organismos emiten diversos tipos de informes, declaraciones y recomendaciones que tienen diferente valor para los Estados parte de las Convenciones. Por otra parte, basta reparar en el término recomendación para advertir que otorgarle a cualquiera de ellas, sin más, carácter vinculante constituiría una contradicción en sus términos. Debo señalar, también, que los Informes de la Comisión Americana de Derechos Humanos que dan lugar a una demanda ante la Corte Interamericana pueden declarar violados determinados derechos de los Tratados que luego no son convalidados ni reconocidos con el mismo alcance o límites, por la Corte Interamericana en el caso controversial concreto. Pese a las diferencias entre unos y otros organismos regionales o internacionales y al distinto valor de los documentos y sentencias que emiten, se suele argumentar que el derecho al aborto está convalidado por la jurisprudencia internacional. Considero que debe de hilarse más fino y tomarse en consideración el derecho interno de los Estados parte cuando -cómo lo dispone el Art. 29 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos- el ordenamiento jurídico interno depara una protección mayor al derecho a la vida de la persona humana, en este caso, desde la concepción”<sup>14</sup>.

#### **f.7) Jurisprudencia sobre los alcances de las recomendaciones**

En su intervención ante las comisiones de Diputados el 12 de abril de 2018, María Inés Franck se refirió a distintos fallos en Uruguay, Argentina y México que relativizaban el alcance de las recomendaciones de los organismos internacionales: “en febrero de 2013, la Corte Suprema de Uruguay, por

---

<sup>14</sup> Gelli, María Angélica, “Inconstitucionalidad e inconventionalidad de los proyectos de aborto libre”, *El Derecho*, 11 de mayo de 2018, p. 4.

ejemplo, ha afirmado que “es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales (...) El artículo 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano” (...). En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos – naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia (...)” (Cfr. Nº 20/2013 de febrero de 2013, caso “Dos coroneles”). Uruguay se estaría inclinando, así, por la no obligatoriedad. En Argentina, la CSJN, en el famoso caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos 315:1492, de 1992), “precisó que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe ‘guiarse’ por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Este criterio fue seguido en las causas “Girolodi” (Fallos 318:514, 1995), “Nápoli” (1998, Fallos 327:2869), “Felicetti” (2000, Fallos: 323:4131) y “Alianza” (2001, Fallos 324:3143). En dos sentencias más recientes, “Mazzeo” (2007, Fallos 330:3248) y “Videla” (2010, Fallos 333:1657) la CSJN se refiere a la jurisprudencia de la CIDH como “una insoslayable pauta de interpretación”. Así, pese a que alguna doctrina interpreta que aquí se abandonó el temperamento anterior de que la jurisprudencia de la CIDH era “guía”, en realidad hablar de “insoslayable pauta de interpretación” es “una manera – quizás más enfática pero no diversa- de considerarla una ‘guía’ respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto”, como afirma la Cámara Federal de Salta en los autos “L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo”. Publicado online en AR/JUR/33815/2013. En el reciente caso “Fontevicchia” (2017) la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina ha sostenido finalmente que incluso las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden ellas convertirse en una cuarta instancia y dejar sin efecto sus propias sentencias (las de la CSJN). En México, una decisión del Máximo Tribunal mexicano señaló también que los criterios de la CIDH son “orientadores” para todas las decisiones de los jueces mexicanos (Tesis Jurisprudencial TA; 10ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, t. 2, p. 550, [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx))”.

### **f.8) Los problemas de fondo que motivaron las recomendaciones**

En línea con lo anterior, considerando la tradición jurídica argentina de protección de la vida por nacer y la justicia de buscar siempre preservar el derecho a la vida, la forma de responder a las recomendaciones de los organismos es atacar los problemas de fondo que motivaron las recomendaciones, haciendo adecuada distinción entre esos problemas y otras consideraciones que responden a perspectivas ideológicas y sesgadas.

Justamente, ya hemos visto que, para solucionar el problema de la clandestinidad y las presiones para abortar, el camino era el trabajo sobre las causas que llevan a las madres a considerar el aborto. Es decir, es legítimo

que el país, tomando nota de los problemas reales, haga una evaluación integral, que procure tener en cuenta todas las dimensiones en juego y busque las medidas proporcionadas y más idóneas para avanzar en soluciones de fondo. Así, los compromisos asumidos por el Estado argentino a los que refiere el art. 1 de la ley se vinculan con problemas de fondo, como la mortalidad materna o el embarazo adolescente, pero sin que sea la legalización del aborto la solución que deba sí o sí adoptarse.

En los próximos dos apartados nos referiremos al tema de la mortalidad materna como cuestión de salud pública y al específico problema del embarazo adolescente.

### **g) Aborto y salud pública**

Al igual que sucedió en 2018, aunque con menos peso en los debates parlamentarios, la cuestión de la mortalidad materna y el aborto como problema de salud pública fue uno de los ejes de la discusión. El argumento a favor de la legalización del aborto puede verse reflejado en los que sostuvo el ministro de Salud, Ginés González García, ante las comisiones de Diputados el 1-12-2020: “Los 1100 o 1200 abortos y las 120 internaciones diarias solamente en los hospitales públicos, es algo que viene pasando hace mucho tiempo. Como se dijo acá, las consecuencias son las muertes, infecciones, enfermedades, internaciones y gastos... El aborto, visto desde la salud pública, es un problema serio. Si lo resolvemos de manera científica y técnica, eliminamos una causa de muerte. Esto ya sucede en el primer mundo desde hace cincuenta años. Además, la penalización estigmatiza a las mujeres: las coloca en el lugar de la condena y hace que lleguen más tarde a los servicios, con lo cual las consecuencias son peores. Por supuesto que esto también genera que los servicios de salud no tengan una respuesta adecuada para estos casos”.

Nos hemos referido al tema en distintos escritos. A fin de brindar algunas de las respuestas críticas a esta postura, podemos citar la exposición de Graciela Moya ante el Senado el 16-12-2020 y los estudios de María Elena Critto<sup>15</sup>. A continuación, ofrecemos un resumen de algunos de los argumentos que Critto planteó en su exposición ante las comisiones del Senado el 15-12-2020:

- Sobre las 162.000 defunciones de mujeres de 2018, “la muerte por aborto provocado representa el 0,01 de estas muertes y está en el puesto 72 del ranking de muertes de causa desglosada. Respecto de las mujeres en edad fértil de 15 a 44 años, el aborto representa el 0,2 por ciento de las defunciones de mujeres en edad fértil”.
- Sobre el aborto como la principal causa de muerte materna, “en 2018, de las 257 muertes maternas, 35 se debieron a aborto por todo tipo de causas. De estas, las que podrían tener un diagnóstico de aborto por carácter clandestino son 19, que se deben a aborto médico, otro aborto, aborto no especificado e intento fallido de aborto. Estas 19 representan el 7 por ciento de las 257 muertes maternas prevenibles del año 2018”.
- Sobre la evolución de la razón de la mortalidad materna en general y por la razón de mortalidad materna por aborto: “La razón de

---

<sup>15</sup> Ver también De Janon Quevedo, Lenin. Cuando los datos responden a los argumentos : revisión breve de las estadísticas sobre aborto [en línea]. Vida y Ética, 19.1 (2018). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8839>

mortalidad materna por aborto en el período 2001-2018 ha disminuido en un 62 por ciento y, actualmente, es una de las más bajas, sin aborto legalizado en la Argentina”.

- Sobre el problema del subregistro, “los informes de los organismos internacionales califican al registro de mortalidad materna de la Argentina como de buena calidad y utilizable”.
- Sobre si la legalización del aborto reduce la mortalidad materna, “estudios internacionales y evidencia científica en más de 181 países señalan que la legalización del aborto no tiene un efecto causal en la mortalidad materna. Lo que sí disminuye la mortalidad materna es el acceso a la educación, el acceso a la salud calificada, la mejora en las condiciones de vida y la información para el control de la propia fertilidad”.
- “Las muertes maternas están altamente correlacionadas con las CONE, que son las Condiciones Obstétricas y Neonatales Esenciales, definidas por la Organización Mundial de la Salud, justamente, para asegurar la salud materno infantil. Nuestras maternidades públicas, en el último estudio realizado [2010], solamente cumplen en un 44 por ciento con estas CONE. Con respecto a la sangre segura y a los servicios de emergencias obstétricas, solamente el 54 y el 55 por ciento de nuestras maternidades cumple con estas condiciones. Teniendo en cuenta que la una de las principales complejidades de la embarazada es la hemorragia y, también, del aborto, quiero remarcar que solamente el 54 de nuestras maternidades cumplen con ellas”.
- Sobre el número de hospitalizaciones por abortos clandestinos, “los datos indican que los egresos hospitalarios por aborto incluyen todo tipo de abortos, y son el 10 por ciento de las hospitalizaciones por maternidad, y han disminuido en el período 2005-2016 en un 43 por ciento. Estos egresos hospitalarios por aborto incluyen todo tipo de abortos; los abortos espontáneos también. El CIE no permite identificar el carácter de clandestinidad del aborto”.
- Sobre las afirmaciones referidas a que Uruguay y Chile disminuyeron la mortalidad materna con la legalización de aborto, Critto citó los datos oficiales de esos dos países: “Chile disminuyó la mortalidad materna desde que se derogó la ley del aborto, con el aborto penalizado, y llegó a una de las tasas de mortalidad de las más bajas del mundo. Uruguay bajó la mortalidad materna y la maternidad materna por aborto antes de la legalización del aborto. Hasta 2011, tuvo una disminución significativa. Por el contrario, a partir de la legalización, aumentaron la cantidad de abortos y aumentó también la tasa de mortalidad materna por todo tipo de causas”.

Del análisis de estas estadísticas puede advertirse que el problema de fondo de la mortalidad materna no necesariamente se soluciona con la legalización del aborto, sino con un conjunto de acciones tales como la creación de redes de contención, normas que apoyen la maternidad, iniciativas de acompañamiento a las madres adolescentes, adecuada colaboración del sistema de seguridad social a la maternidad, incremento de los controles de

embarazo en el sistema de salud, maternidades que cumplan con las condiciones obstétricas y neonatales esenciales<sup>16</sup>, etc..

En 2018, Miguel Ángel Schiavone afirmaba ante el Senado: “se registran en Argentina más de 200 muertes maternas por año, no a causa del aborto, sino por un sistema de salud ineficaz, ineficiente e injusto que no controla los embarazos de riesgo ni hace el seguimiento prenatal que las normas establecen. Sistemas que nadie modifica. Hay una dialéctica discursiva permanente, pero que nadie modifica y que garantiza y perpetúa las inequidades del sistema. Muertes prevenibles por hemorragias, muertes prevenibles por sepsis, muertes prevenibles por hipertensión” (24/7/2018).

Sobre el punto, hemos publicado otros estudios referentes a la maternidad vulnerable y nos remitimos a esos trabajos.<sup>17</sup>

### **h) El problema del embarazo adolescente**

Otro de los grandes ejes del debate en lo referente a los problemas de fondo del país fue el referido al embarazo adolescente. Varios expositores se refirieron al tema y pusieron fuerte énfasis en la legalización del aborto como respuesta a esta situación (ver por ejemplo la exposición de Susana Chiarotti ante los Senadores el 16-12-2020). Y, como ya vimos, este tema es uno de los ejes centrales de las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha hecho a nuestro país en torno al aborto.

María Elena Critto se refirió al tema durante las reuniones de comisión en Senado: “en primer lugar, con respecto a la pregunta de los embarazos adolescentes, sí, efectivamente, hay una gran cantidad de embarazos adolescentes en la Argentina. Existen. Esta ley no es para prevenir estos embarazos. Esta ley no disminuye los embarazos adolescentes, así como tampoco disminuye la pedofilia ni las violaciones. Esta ley, justamente, permite que sigan siendo violadas o que los abusadores sigan haciendo los abusos. El trabajo es por otra parte: es por la prevención, por la información. ¿Qué nos está pasando como país que tenemos embarazadas adolescentes hoy en la Argentina? Es un drama. Trabajemos juntos en la prevención, en la información. Como mujer lo digo. Es un drama. Esta ley no es para disminuir esos casos (exposición ante comisiones de Senado, 15-12-2020).

Al respecto, enfatizamos que el compromiso que asume la Argentina, por ejemplo, ante el problema del embarazo adolescente, no se soluciona con aborto. Se soluciona con un conjunto articulado de medidas que tengan en cuenta todos los factores en juego<sup>18</sup>, como

---

<sup>16</sup> Al respecto ver Eleta, Juan Bautista, “Condiciones Obstétricas y Neonatales -Esenciales en la normativa argentina”, El Derecho - Diario, Tomo 277, 07-05-2018, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-257.

<sup>17</sup> Ver <http://maternidadvulnerable.com.ar> (último acceso: 2-2-2021). En el plano legislativo, ver Vidal, Elisabet Agustina, “Legislación sobre protección de la madre embarazada y su hijo”, El Derecho - Diario, Tomo 259, 909, 23-09-2014, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-800; Lafferriere, Jorge Nicolás - Franck, María Inés - Eleta, Juan Bautista - Yachelini, Laura Belén, “Proyectos de ley para cuidar las dos vidas (2018-2019)”, El Derecho - Diario, Tomo 284, 20-08-2019, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-940; Pucheta, Leonardo - Yachelini, Natalia, “Salvar las 2 vidas: una propuesta bien concreta”, El Derecho - Diario, Tomo 279, 06-09-2018, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-473.

<sup>18</sup> Transcribimos las medidas propuestas en nuestro trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, “Embarazo en niñas menores de 15 años: un problema y muchas falsas soluciones”, El Derecho, Tomo 282, 29/04/2019, nro 14.618, p. 9.

- la creación de sistemas de alerta y emergencia ante denuncias de abuso sexual infantil, para respuesta inmediata a la primera denuncia y seguimiento de los casos de violencia contra las niñas para determinar que cesen los ataques y no se produzcan embarazos;
- la intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público para adopción de medidas de abrigo hacia la niña
- el inicio de las acciones de suspensión o extinción de la responsabilidad parental en caso de madres o padres que consienten con los ataques contra sus hijas.
- el seguimiento de los casos de niñas que dan a luz para determinar el cese de las situaciones de violencia intrafamiliar.
- la activa participación del Ministerio Público Fiscal para la persecución penal de los responsables de los delitos que provocaron el embarazo, tanto en cuanto a los autores como a los cómplices del hecho.
- la capacitación para todo tipo de personal de establecimientos educativos y de salud sobre detección, atención y seguimiento de niñas víctimas de violación y abuso
- las mejoras en los trámites de adopción para los casos de abuso sexual infantil, con las debidas garantías que fije la legislación.
- las políticas para fortalecimiento de la familia y estímulo al matrimonio como marco estable de crianza de los niños.

### **i) Aborto y pobreza**

Para finalizar el comentario a este artículo, haré una breve mención a un argumento que suele esbozarse en favor de la legalización del aborto. Es una variante del argumento referido a la clandestinidad del aborto y los riesgos para la vida y la salud. Se puede formular así: el aborto debe legalizarse por razones de igualdad, dado que las personas con recursos económicos pueden pagar los abortos en lugares clandestinos pero seguros, mientras que las personas pobres tienen que hacerse los abortos en condiciones inseguras.

Entre los promotores de la ley, el argumento fue mencionado en su exposición ante la reunión de comisiones del Senado el 14-12-2020 por el Ministro de Salud, Ginés González García: "hay otro sector social: el de las mujeres vulnerables. Si bien la ley es para todas, en este caso tiene que ver, específicamente, con mejorar, desde una perspectiva de equidad, a ese grupo de mujeres. Esas son mujeres que no tienen ni el dinero, ni la educación, ni la consejería, ni la familia ni el entorno. No tienen, y son vulnerables por eso. Y eso hace que recurran a medidas tremendas como la aguja o el tallo de perejil, cosas horribles. Obviamente, los que somos médicos sabemos lo que significa cuando, en un guardia, llega alguien con esas características".

Al respecto, una respuesta a este tema vino de parte de Gustavo Carrara, quien afirmó ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020: "Cuando se habla de las villas o barrios populares muchas veces se desconoce la cultura de la mayoría de las mujeres pobres. Para ellas los hijos son el mayor o el único tesoro, y no son algo más entre distintas opciones que el mundo pueda ofrecerles. Eso explica que tantas mujeres pobres se desvivan trabajando mucho para cuidar a sus hijos. Si se quiere ayudar, realmente lo primero que hay que hacer en los barrios es luchar contra la pobreza con firme determinación. Los argumentos que tratan el aborto como un tema de salud se entienden, pero estas explicaciones conciben a la salud desde un enfoque aislado, como si los seres humanos no fuéramos relación, vínculo o espíritu,

algo que nos recuerda la pandemia que estamos sufriendo. La salud no se puede alcanzar descartando a otro ser humano. Por eso, para las mujeres de los barrios más humildes, el aborto es vivido como un drama existencial, personal y comunitario. Aquí se sigue la intuición muy profunda, no es humano favorecer a un débil en contra de otro más débil aún”.

Otra respuesta a este argumento de la pobreza como causal para legitimar el aborto señala que el aborto no soluciona los problemas de fondo de la pobreza y que, en su lugar, solo ofrece una opción radical que supone el descarte del más débil. El camino para solucionar la pobreza no es eliminar a los hijos de las personas pobres, sino ofrecer condiciones de vida dignas a todos para que toda persona sea bienvenida a la vida y su familia pueda salir de la pobreza.

**Art. 2º – Derechos. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a:**

- a. Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley;**
- b. Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la presente ley;**
- c. Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la presente ley;**
- d. Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.**

**a) Alcance de la norma**

Este artículo enuncia en forma genérica cuatro derechos que luego el articulado va a desarrollar. En primer lugar, se menciona el derecho a “decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley” sin hacer distinciones según las distintas etapas del embarazo. La fórmula se repetirá también en el art. 4 y debe ser confrontada con las reformas a los artículos 85 a 88 del Código Penal, pues el aborto sigue siendo un delito aunque con supuestos de despenalización total, otros de “no punibilidad” y otros en que se podrá eximir de pena a la mujer (art. 88 CP).

En el art. 4 se precisará la distinción entre las primeras 14 semanas, en que basta la simple expresión de voluntad para avanzar con el aborto, y luego de la semana 14, en que se trata de una conducta “no punible” a tenor del art. 86 CP y deben darse los requisitos fijados en ambas normas (causal “violación” y causal “vida”).

La expresión “interrupción del embarazo” del embarazo es un eufemismo al que recurre la ley 27610 para evitar el término “aborto”. Como decía Mazzinghi sobre los intentos de justificar el aborto: “el empeño es vano, pues cualquiera sea la etiqueta que el legislador aplique a una conducta determinada, no alcanzará para modificar su esencia”<sup>19</sup>. En cualquier caso, se trata de una acción deliberadamente orientada a provocar la muerte de la persona por nacer.

El segundo inciso del artículo 2 refiere al “derecho” de requerir y acceder al aborto en los servicios de salud. En este punto, el artículo debe concordarse con los artículos 5 al 9 de la ley 27610 sobre el proceso de información y toma del consentimiento. Ahora bien, se advierte una falta de correspondencia entre el art. 2 que habla de acceder al aborto “en los servicios del sistema de salud”, con el art. 5 que dice que el derecho a acceder al aborto se puede dar “en los servicios del sistema de salud o con su asistencia”. Así, como veremos luego al comentar ese artículo, no se requiere estrictamente que el aborto sea realizado por un profesional de la salud.

---

<sup>19</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo, “La interrupción del embarazo: el aborto”, en “La persona humana”, Borda, Guillermo Antonio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 63.

El tercer inciso se refiere a la atención posaborto y contempla el derecho a acceder a la misma incluso si el aborto se realizó en forma contraria a la ley.

El cuarto inciso sobre la prevención de los embarazos no intencionales hace una formulación genérica sobre acceso a la información, a la educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces. Esto debe concordarse con los artículos 5, 6 y 13 de la misma ley 27610, y con las leyes 25673 de Salud Sexual y Procreación Responsable y ley 26150 de educación sexual integral. En este punto, sin perjuicio del análisis de fondo que cabe realizar sobre ambas leyes, la ley avanza sobre terreno que está reservado a las provincias porque la salud y la educación son materias que éstas no han delegado en la Nación.

### **b) Fundamentos del pretendido derecho al aborto**

En torno al aborto existe un amplio y extendido debate que resulta difícil resumir en este comentario. En todo caso, en este apartado nos detenemos en algunos de los fundamentos que se han formulado para legalizar esta acción. Así, podemos citar a Diana Maffía, quien en su intervención el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados sostuvo: “Estamos fundando la obligación de protección por parte del Estado de las razones que una persona tenga para interrumpir un embarazo en las primeras 14 semanas de gestación sin que estas razones sean tuteladas, reconociendo a las mujeres en esa decisión la condición de autonomía básica no solo como presupuesto bioético sino como condición de la dignidad humana... El Estado ha omitido su presencia eficaz en las condiciones que llevan al conflicto. La mujer que aborta es víctima de la violencia indirecta, tal como la define la ley 26.485 de violencia de género, la ausencia de políticas públicas oportunas y adecuadas de educación sexual integral, anticoncepción y lucha contra la violencia de género. ¿Puede el mismo Estado que omite estas políticas penalizar el aborto? Estaría castigando doblemente a las mujeres. La desconsideración de las múltiples barreras para acceder a sus derechos sexuales y reproductivos implica para las mujeres y otras personas capaces de gestar asumir conductas heroicas que no son moralmente exigibles. La presencia de políticas públicas oportunas debe respaldar la decisión de cada persona gestante tal como la asuma y como fue indicado ya hace 25 años por la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de la ONU en el Cairo”.

### **c) Visiones críticas del aborto como derecho**

Entre las intervenciones que fueron críticas hacia el aborto como derecho desde una perspectiva ética general, podemos citar a Gustavo Carrara ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020 afirma: “Cuando se niega el derecho más elemental -el derecho a vivir-, todos los derechos humanos quedan colgados de un hilo, porque cualquier opción por la dignidad humana necesita fundamentos que no caigan bajo discusión, más allá de cualquier circunstancia. De otra manera, esa opción se vuelve muy frágil. Pero si aparece alguna excusa para eliminar una vida humana, siempre surgirán razones para excluir de este mundo a algunos seres que molesten. Mandarán las circunstancias. La costumbre de establecer grados de distinto valor entre los seres humanos, de acuerdo con sus características, capacidades o desarrollo, ya ha llevado a las peores aberraciones. Lo que creíamos superado puede volver a aparecer bajo otras formas. Cuando una mujer humilde de los

barrios va a hacerse la primera ecografía no dice “vengo a ver este montón de células”, sino que dice “vengo a ver cómo está mi hijo”. Entonces, podríamos preguntarnos qué solidez puede tener la defensa de una vida humana si una ley puede definir en qué momento puede ser eliminada o no. ¿En qué se apoyaría la ley para decir que no es legítimo quitarle la vida a un ser humano cuando tiene más de 14 semanas, pero sí se puede interrumpir cuando tiene un día menos? Si una ley puede definir en qué momento una vida puede ser eliminada, entonces todo queda sometido a necesidades circunstanciales, a las conveniencias de los que tengan más poder o a las modas culturales del momento. ¿No resulta muy peligroso correr arbitrariamente el comienzo de la vida humana? El punto central, lo que está en juego, es el valor de la vida humana. ¿Es posible que el deseo o la posible afección a mi salud integral, física, psíquica o social sea el criterio para decidir quién vive, quién tiene derecho a vivir y quién no?”

En la misma línea, María Inés Franck afirmó: “el texto de la media sanción no tiene en miras la protección de la salud de la mujer o la opción de rechazar la consecuencia de una violación o un abuso. Por lo menos, hasta la semana catorce nada de eso está en juego, porque hasta la semana catorce no estamos hablando ni de la salud de la mujer ni de la necesidad de ninguna otra causal o posible conflicto de derechos de igual jerarquía, sino de que hasta la semana catorce se podría tratar de la pura y simple voluntad de abortar, de la autonomía –ahora sí– absolutizada de la mujer” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

Por su parte, Úrsula Basset dijo: “Durante generaciones, hemos pensado que el futuro de la sociedad son los hijos. Esta ley, no otra ley que aborde la despenalización –esta ley no es despenalización: es derecho–, a partir de este proyecto, le dice a la sociedad que el derecho a la vida lo tiene el hijo deseado. No nos dice que la madre que aborta en determinadas circunstancias no la sometemos al régimen penal: nos dice que delega en la madre el derecho a la vida del hijo. El Estado debía ser garante, pero lo delega y lo privatiza. Esta afirmación tiene una envergadura social enorme; y me pregunto si la Argentina, a partir de este proyecto que estamos votando, es una Argentina humana, abierta a todos, inclusiva. Porque los hijos que nacen sabrán que son deseados, pero sabrán también que del deseo depende el derecho y sabrán también hacer prevalecer este individualismo de retorno. A la postre, se trata, otra vez, sobre la identidad” (exposición ante comisiones de Senado, 15-12-2020).

Desde el plano político, podemos también mencionar la exposición de Florencia Alvarez Travieso: “Los que militamos en el campo nacional y popular, escuchamos a diario por dónde pasan las prioridades de las mujeres en los barrios de nuestras provincias. Su batalla es contra los mercaderes de la muerte que les arrebatan a sus hijos. Su lucha es por garantizarles un proyecto de vida digno. Les pido que las escuchen, que se tomen el tiempo de acercarse, que no las invisibilicen. El clamor de estas madres es por un Estado que las acompañe en su acto generoso de abrazar la vida; que concreten su esperanza de un porvenir mejor para sus hijos. Para ellas, la muerte no es la última palabra de la historia. Ellas no buscan más pérdidas: se aferran a la vida” (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

Basset también se refirió al plano regional y cultural y se mostró “orgullosa del derecho latinoamericano”, recordando “que la primera Declaración de Derechos y Deberes del Hombre fue la nuestra, la americana, antes de la universal. Y nuestra Convención Americana de Derechos Humanos es la única convención regional universal que menciona que la vida se protege, en general, desde la concepción. No estoy hablando de derecho: estoy hablando de cultura. Nosotros, los latinoamericanos, a diferencia de todos esos otros que nos vienen a decir qué hacer –de organizaciones internacionales, ejemplos europeos, norteamericanos–, somos inclusivos y reconocemos derechos más allá que cualquier otro territorio. A mí me gusta el mapa invertido, donde el hemisferio sur está arriba. Todo es relativo, es verdad; para mí, esa amplitud de derechos nos honra. No nos debería dar vergüenza ser más humanos, acompañar y estar, ser responsables por los más frágiles, por los dependientes, por la vida naciente y por la maternidad sufriente. Subordinar el derecho al deseo es abolir esa maravilla cultural” (exposición ante comisiones del Senado, 15-12-2020).

En síntesis, entendemos que existen muchos condicionamientos y presiones sobre las madres para abortar. Sin embargo, creemos que ello no justifica la acción deliberada de quitar la vida a la persona por nacer. Como hemos sostenido muchas veces, hay que buscar caminos para resolver los problemas de fondo de la maternidad vulnerable y procurar siempre salvar la vida de la madre y su hijo. El aborto no es camino de solución de esos problemas y su legalización constituye la exaltación de una autonomía de la voluntad que conlleva el descarte de seres humanos débiles por nacer. En sus proyecciones culturales, la legalización del aborto supone un quiebre de las bases mismas de la convivencia, al permitir que se pueda disponer de la vida de algunas clases de personas, que son radicalmente discriminadas.

#### **d) El comienzo de la existencia del ser humano en sus aspectos biológicos**

En todo el mundo, el debate en torno al aborto es también un debate en torno al momento en que comienza la existencia de la persona. Así, en las discusiones de la ley 27610 el tema estuvo presente. En este apartado, daremos cuenta de los términos del debate en el plano biológico, mientras que al comentar el art. 3 nos referiremos a las dimensiones jurídicas de la cuestión.

Entre las posiciones favorables al aborto, el Ministro de Salud de la Nación dijo en la reunión de comisiones de Diputados el 1-12-2020 lo siguiente: “Con respecto a la pregunta sobre cuándo inicia la vida, esto data de tiempos remotos. No se olviden que hay religiones que prohíben la masturbación masculina porque se considera que se pierde vida. Entonces, eso no es lo que se tramita en este tipo de leyes. Lo que el mundo ha resuelto es la idea de cuándo se es persona, no cuándo hay vida. Para que haya vida se necesita un óvulo y un espermatozoide. Obviamente siempre hay vida, pero reitero: no es eso lo que se trata de vida. Acá no hay dos vidas, como dicen algunos. Acá claramente es una sola persona y lo otro es un fenómeno. En este sentido, vuelvo a decir que para mí ese término no está correctamente utilizado. Si no fuera así, estaríamos ante el mayor genocidio universal, que es el que hace la mitad o mucho más de la mitad del mundo civilizado”.

Durante el debate de 2018, un científico tuvo también intervenciones en torno al inicio de la vida. Nos referimos a Alberto Kornblihtt, quien sostuvo que “un embrión es un embrión y no un ser humano. En todo caso es un proyecto de ser humano que necesita una serie de pasos que ocurren dentro del útero para llegar a ser un ser humano. El concepto de vida humana es una convención arbitraria que responde a acuerdos sociales, jurídicos o religiosos, pero que escapa al rigor del conocimiento científico”<sup>20</sup>.

En respuesta a estas posturas, en opinión que compartimos, desde el plano biológico fue muy clara la intervención de Laura Vargas Roig ante las comisiones de Diputados el 3-12-2020: “La embriología humana es la disciplina que estudia el desarrollo del ser humano durante la vida prenatal. Antes del nacimiento, el desarrollo de todo ser humano abarca dos etapas: la embrionaria y la fetal. La etapa embrionaria comprende las ocho primeras semanas de desarrollo de cualquier ser humano, mientras que la etapa fetal comprende las 30 semanas posteriores. Es verdad que el embrión humano en su primer día de desarrollo está formado por una célula, por dos células llamadas blastómeras en el segundo día y por miles de células cuando está terminando la octava semana de desarrollo. Pero afirmar que el embrión humano es solamente un conjunto de células es una verdad a medias, o mejor dicho un error, porque la genética, la epigenética y la biología molecular nos demuestran que el embrión humano es un organismo (es decir, “un ser viviente compuesto por partes capaces de realizar ciertas funciones coordinadas” según la definición dada por el Diccionario Enciclopédico de Medicina de León Braier). Es decir, que el embrión humano está formado por células, de la misma manera que todos los presentes estamos formados por un conjunto de células que constituye un organismo llamado ser humano. El cigoto, que es el nombre específico que recibe el embrión unicelular, no es solamente una célula viva como es una neurona, un espermatozoide o un ovocito. El cigoto es un organismo unicelular y no reconocerlo implica una falencia en los conocimientos embriológicos. Es fundamental marcar la diferencia entre un organismo (inclusive unicelular como el cigoto) y un conjunto de células. Un organismo es un ser autónomo que tiene la capacidad de autorregularse y en el que las células que lo conforman actúan de forma interdependiente y coordinada en función del todo. Si evaluamos en función del tiempo un conjunto de células, como por ejemplo las células de nuestra piel, observaremos que hoy, mañana y pasado siguen y seguirán siendo solamente células de la piel, mientras que, si observamos en función del tiempo a un embrión, que es un organismo, veremos que sigue desarrollándose conforme al genoma propio (que es mucho más que la suma del genoma materno y paterno) y que luego llegará a la etapa de feto, neonato, niño y adulto”. Graciela Moya, genetista, afirmó ante el Senado el 16-12-2020: “El segundo punto es el comienzo de la vida humana; y tampoco hay ninguna duda de que, desde la perspectiva biomédica, el nuevo ser humano comienza en el momento de la fecundación. Todos nosotros hemos vivido nuestras primeras 18 horas de vida como ser humano unicelular; y

---

<sup>20</sup> Kornblihtt, Alberto, “Exposición en la Cámara de Senadores de la Nación, 17 de julio de 2018”, en *Legalización del aborto en la Argentina. Científicas y científicos aportan al debate*, Pecheny, Mario y Herrera, Marisa (compiladores), Ediciones UNGS Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2019, p. 199.

todos nos hemos implantado en el útero de nuestras madres entre el sexto y séptimo día de vida”.

Otro argumento en favor del aborto dado por Kornblihtt es que, como el ser humano es un “mamífero placentario”, “el embrión y el feto no son seres independientes de la mujer gestante sino que, hasta el nacimiento, son casi como un órgano más de ella”<sup>21</sup>.

A esto responde Vargas Roig afirmando “debemos aclarar es que, para poder desarrollarnos en nuestra vida prenatal, los seres humanos necesitamos que exista la placenta que es un órgano formado por tejidos maternos y embrionarios. Pero debe quedar en claro que el embrión humano no es un órgano o “casi como un órgano” de la mujer (como mencionan algunas personas alejadas de la embriología), lo cual se demuestra fácilmente haciendo un estudio genético. Tengamos presente que en la etapa embrionaria y fetal necesitamos un ambiente adecuado para desarrollarnos, de la misma manera que todos los presentes necesitamos de un ambiente adecuado para vivir y desarrollarnos. Pero es fundamental mencionar que la dependencia de la madre no anula la autonomía biológica del embrión humano como individuo. Es más, la capacidad de autorregulación del embrión humano queda demostrada de manera rotunda en el hecho de que el desarrollo de ese nuevo ser ocurre de manera similar en dos ambientes tan distintos como es la trompa uterina en una fecundación in vivo o un recipiente de plástico en una fecundación in vitro” (exposición ante la Cámara de Diputados, 3-12-2020). Y luego concluye: “debe quedar en claro que el embrión humano no es un órgano o “casi como un órgano” de la mujer (como mencionan algunas personas alejadas de la embriología), lo cual se demuestra fácilmente haciendo un estudio genético”.

En definitiva, desde el plano biológico, está probado que desde el primer momento de la fecundación se forma un nuevo organismo vivo, que es distinto al padre y a la madre, y que es un nuevo ser humano. Veremos luego que al derecho corresponde reconocer a todo ser humano como persona, con dignidad y derechos inalienables. En este punto, enfatizaba Quintana en su exposición en Diputados el 22-5-2018 la importancia de “estas conclusiones de las ciencias pues al derecho lo entiendo no como un “constructo” voluntarista, sino considerando que hay una realidad que orienta sus tendencias, sus límites existenciales, a la que debemos atenernos”<sup>22</sup>. Por su parte, Camilo Tale explica que “hay ciertas conclusiones éticas y filosófico-jurídicas que solo pueden demostrarse mediante la conjunción de una premisa antropológica o biológica y una premisa normativa. Un ejemplo de esto es la ilicitud moral del aborto provocado, o sea, de la destrucción del embrión humano, que se obtiene como conclusión a partir de la premisa

---

<sup>21</sup> Kornblihtt, Alberto, “Exposición en la Cámara de Senadores de la Nación, 17 de julio de 2018”, en *Legalización del aborto en la Argentina. Científicas y científicos aportan al debate*, Pecheny, Mario y Herrera, Marisa (compiladores), Ediciones UNGS Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2019, p. 198.

<sup>22</sup> Quintana, Eduardo M., “Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto”, *El Derecho - Diario*, Tomo 278, 08-06-2018, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-322.

normativa “Nunca es lícito causar directamente la muerte de un ser humano inocente” y la premisa biológica “El embrión humano es un ser humano”<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Tale, Camilo, “¿Se fundan la ética y la filosofía del derecho en conocimientos antropológicos, metafísicos o teológicos?”, *El Derecho - Filosofía*, Tomo 271, 935, 10-02-2017, Cita Digital: ED-DCCLXXVI-475.

**Art. 3º – Marco normativo constitucional.** Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para", la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias.

#### **a) Alcance y antecedentes de la norma**

Este artículo reconoce como antecedentes el art. 6 del proyecto de 2018 rechazado por el Senado y el 2 del proyecto 2810-D-2019, que fue presentado por la dip. Donda y otros y que refleja la iniciativa de la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito<sup>24</sup>. Se advierte que la primera parte, referida a un reconocimiento genérico de derechos sufrió un cambio de redacción y se transformó en un "marco normativo constitucional".

En relación a las versiones anteriores, la ley 27610 incorpora la enumeración explícita de distintos tratados de Derechos Humanos, mezclando los que tienen jerarquía constitucional, con otros que no lo tienen (como la Convención de Belem Do Para").

En la reunión conjunta de comisiones de Diputados el 1-12-2020, la Secretaria Legal y Técnica de la Presidencia, Vilma Ibarra, sostuvo: "este proyecto se enmarca en lo que se llama el bloque constitucional que rige nuestro país, nuestra Constitución y ese bloque convencional constitucional

---

<sup>24</sup> "Artículo 2: Derechos protegidos. Esta ley garantiza a toda mujer o persona gestante, sin distinción de nacionalidad, origen, condición de tránsito y/o estatus de residencia/ciudadanía, todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial, los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la educación, la integridad, la diversidad corporal, la identidad de género, la diversidad étnico-cultural, la intimidad, la igualdad real de oportunidades, la no discriminación y a una vida libre de violencias".

que nos obliga a atender la salud y la vida de las mujeres que se vean afectadas u obligadas a recurrir a abortos clandestinos”.

Desde la técnica legislativa, resulta redundante enunciar el marco constitucional de una ley, pues se supone que las leyes tienen que ser prescriptivas y la Constitución está presupuesta como norma fundamental del sistema. Cabe presuponer que esta enunciación busca dar un encuadre a la ley a los fines de su interpretación. Sin embargo, como veremos en este comentario, existen problemas de fondo en juego que la enunciación genérica de normas no alcanza a resolver.

En su art. 3 la ley 27610 hace una enunciación de derechos de muy distinto valor y rango, algunos que no figuran explícitamente en los Tratados, incurriendo en cierta promiscuidad en la redacción que no aporta claridad. Pareciera que, ante la carencia de una norma expresa que hable de un “derecho al aborto” en la Constitución, se mencionan muchos derechos con la finalidad de forzar la interpretación de ese pretendido derecho al aborto. Por otra parte, algunos de los mencionados en el texto no son derechos reconocidos en Tratados Internacionales. Otros derechos tienen una conexión muy indirecta con el aborto.

Por otra parte, muchos de estos derechos enunciados en el art. 2 tienen la particularidad de que podrían igualmente ser aplicados a la persona por nacer, que es también sujeto implicado en esta ley. Como veremos luego, en ningún momento la ley niega que el ser humano por nacer es “persona” y por tanto que no se le aplican los derechos constitucionales que conforman el marco en que se debe interpretar esta ley.

Ricardo Bach de Chazal ha hecho un pormenorizado estudio de todos los Tratados para mostrar que “ninguno de los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país incluye al aborto voluntario como un “derecho” ni admite –siquiera indirectamente– que su práctica sea promovida o aconsejada por sus órganos de monitoreo. Por el contrario, una objetiva interpretación de dichos instrumentos, realizada de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (debería llevar al más enérgico rechazo del aborto voluntario, toda vez que en la mayoría de ellos se afirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los seres humanos, al tiempo que se consagra su inviolable derecho a la vida”<sup>25</sup>.

En el comentario a este artículo, entonces, haremos un análisis de los debates constitucionales en torno al aborto y al comienzo de la existencia de la persona y su derecho a la vida. El análisis de este tema es bien complejo, pues las cuestiones en debate están todas íntimamente relacionadas.

En sintético resumen, y como adelanto del orden que seguiremos a continuación, podemos decir que los defensores de la postura a favor de la legalización del aborto recurren a dos grandes líneas argumentales: a) el pretendido derecho al aborto; b) la cuestión de la persona por nacer y su derecho a la vida. Ambas líneas argumentales están entrelazadas y se

---

<sup>25</sup> Bach de Chazal, Ricardo, “Los organismos internacionales de derechos humanos y el aborto”, El Derecho - Diario, Tomo 278, 30-07-2018, Cita digital: ED-DCCLXXVII-397.

implican mutuamente, pues justamente la pretensión de considerar como legal el aborto presupone desarticular la protección jurídica que se deriva del derecho a la vida de la persona por nacer.

En cuanto a la primera línea argumental, se sostiene que: i) existe una obligación de despenalizar el aborto para salvar la vida de las mujeres puesta en peligro por la amenaza penal que las llevaría a abortar en clandestinidad; ii) existe un deber de legalizar el aborto para garantizar el acceso de las mujeres al aborto. Ambas afirmaciones se presentan, jurídicamente, como derivaciones de distintos derechos, como surge del art. 3 que estamos comentando. En este comentario nos concentraremos en los derechos mencionados por el art. 3 que tienen relación más directa en el intento de justificación del aborto. Por un lado, al estudiar el art. 1, ya hemos analizado el problema de la conexión entre aborto y derecho a la vida y la salud de la madre. Nos remitimos a ese apartado. Ahora bien, dejando fuera los supuestos en que el aborto llega como expresión de una necesidad perentoria de salvar la vida de la madre, que analizaremos en el comentario al art. 4, se alega que el aborto sería una exigencia de los derechos sexuales y reproductivos, o bien de la autonomía de la madre. Autonomía que, a su vez, encuentra fundamento en una concepción de dignidad que pone el eje en la capacidad de la persona de decidir por sí misma su proyecto de vida. Son estos dos los temas que analizaremos a continuación.

En cuanto a la segunda línea argumental, encontramos distintas variantes argumentativas que pretenden desarticular el derecho a la vida desde la concepción: i) el ser humano en la etapa prenatal no es persona para el derecho ni un “niño” bajo la Convención sobre los Derechos del Niño; ii) el ser humano en la etapa prenatal es persona, pero su personalidad está condicionada según surge del Código Civil y Comercial; iii) el ser humano por nacer es persona, pero su derecho a la vida puede ser limitado por la decisión autónoma de la madre pues jurídicamente ese derecho merecería solo una protección gradual e incremental tal como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo c/Costa Rica” del 28-11-2012; iv) el ser humano por nacer es persona, pero su derecho a la vida no necesariamente debe ser protegido por la vía penal, ya que el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional se refiere a un régimen de seguridad social para el niño durante el embarazo.

A continuación, analizaremos estos planteos y presentaremos nuestra respuesta a estas líneas argumentales, que centralmente sostienen que no existe un derecho al aborto, ni como derivación de los derechos sexuales o reproductivos, ni como pretendida autonomía. Y, en cambio, el ser humano desde la concepción es persona bajo el ordenamiento jurídico argentino, es niño bajo la Convención sobre los Derechos del Niño para la Argentina, y tiene un derecho a la vida que requiere protección jurídica penal ante la posibilidad de un aborto.

## **b) El aborto como pretendido derecho constitucional derivado especialmente de los derechos sexuales y reproductivos**

En el comentario al art. 1 de la ley analizamos los alcances de las recomendaciones de organismos internacionales a la Argentina y procuramos

demostrar que ellas no eran vinculantes en sentido estricto, que la ley 27610 excedía en mucho los alcances de los documentos citados y que existían vías alternativas para resolver los problemas de fondo vinculados con la maternidad vulnerable que motivaron esas recomendaciones.

En este apartado nos detendremos en los llamados derechos reproductivos que se invocan como fundamento para avanzar en la despenalización del aborto.

Sentado el hecho de que no existe ningún tratado que sostenga un "derecho al aborto", la estrategia para establecerlo como derivado de otros derechos se ha centrado en el recurso a los llamados "derechos reproductivos"<sup>26</sup>.

Ahora bien, hay que señalar, en primer lugar, que ninguno de los Tratados Internacionales citados por el artículo menciona la expresión "derechos sexuales y reproductivos"<sup>27</sup>. Como única excepción podemos mencionar la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad aprobada por la ONU en 2006 y por nuestro país en 2008 por ley 26378 que utiliza la expresión "salud sexual y reproductiva" (art. 25). Ahora bien, el hecho de que se mencione la "salud sexual y reproductiva" como derecho no significa que ello englobe un pretendido derecho al aborto. Ya hemos visto que no hay tratado internacional alguno ratificado por Argentina que mencione el derecho al aborto, como tampoco lo hay que afirme que el aborto es parte de los supuestos derechos reproductivos.

Ni siquiera los documentos finales de las conferencias de El Cairo de 1994 sobre Población y Desarrollo o de Beijing de 1995 sobre la Mujer, que no son normas vinculantes para nuestro país, se refieren al aborto como un "derecho reproductivo". En esas conferencias, si bien se mencionan los "derechos reproductivos", se utiliza un lenguaje ambiguo que impide considerar al aborto como integrando tales "derechos" en forma concluyente. Incluso, hay párrafos que dejan en evidencia que los países evitaron pronunciarse sobre el aborto como parte de los derechos reproductivos (ver El Cairo punto 7.24, 7.3 y 8.25).

Es importante recordar que la Argentina realizó reservas expresas al documento final de la Conferencia de El Cairo de 1994 del siguiente tenor: *"Principio 1. La República Argentina acepta el Principio 1, teniendo en cuenta que la vida existe desde el momento de la concepción y desde ese momento la persona, en su dimensión única e irrepetible, goza del derecho a la vida, siendo éste fundante de todos los otros derechos individuales... Capítulo VII (Derechos reproductivos y salud reproductiva). Párrafo 7.2. La República Argentina, no puede admitir que en el concepto de salud reproductiva se incluya el aborto ni como servicio ni como método de regulación de la fecundidad. La presente reserva, fundada en el carácter universal del derecho*

---

<sup>26</sup> Sobre el tema, nos remitimos a: Lafferriere, Jorge Nicolás, "Derechos reproductivos", en Tratado de Derechos Constitucionales, Julio César Rivera (h) y otros (Directores), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 784-821.

<sup>27</sup> La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer aprobada por las Naciones Unidas en 1979 y por nuestro país por ley 23179 habla de la "planificación de la familia" (arts. 10, 12 y 14), al igual que la Convención de los Derechos del Niño aprobada en 1990 y ratificada por Argentina por ley 23849 (art. 24).

*a la vida, se extiende a todas las menciones que recojan ese sentido*"<sup>28</sup>. En cuanto a la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing al término de la Conferencia sobre la Mujer (1995), al suscribir el documento final, la Argentina formuló una declaración escrita incluida entre las reservas y declaraciones interpretativas que dispone: "... Ninguna referencia de estos documentos al derecho al control sobre cuestiones relativas a la sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, puede ser interpretada como limitativa del derecho a la vida ni abrogativa de la condena del aborto como método de control de la fertilidad o instrumento de políticas de población. (Conforme al artículo 75, inciso 23 de la Constitución de la Nación Argentina, artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y párrafo 41 del Programa de Acción de Viena aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.) ... La delegación argentina participó del consenso para adoptar el párrafo 106 K de la Plataforma de Acción que recomienda a los gobiernos considerar la posibilidad de revisar el derecho que impone sanciones a la madre que comete aborto. Esta posición fue asumida teniendo en cuenta la tradición jurídica argentina, la jurisprudencia argentina, la jurisprudencia de nuestros tribunales y las circunstancias atenuantes que generalmente se han considerado, sin que ello signifique una propuesta para despenalizar el aborto ni eximir de su responsabilidad criminal a quienes puedan ser coautores o partícipes de este delito. Las referencias al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo contenidas en los documentos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer deben entenderse en el contexto de las reservas que el Gobierno de la República Argentina formuló y que constan en el correspondiente informe (A/Conf. 171/13 y Add.1). La delegación argentina mantiene en todo lo que es pertinente a los documentos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, las reservas formuladas con respecto al Plan de Acción Regional para la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe adoptadas en Santiago de Chile en junio de 1995"<sup>29</sup>.

En el plano de la jurisprudencia de tribunales internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre el aborto como parte de los derechos reproductivos. Veremos luego el alcance del fallo "Artavia Murillo" del 2012 sobre la interpretación del derecho a la vida contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A nivel comparado, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de "A, B y C contra Irlanda" (2009), al tratar las restricciones al aborto y evaluar si interfieren con la vida privada de una persona tutelada por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos la Corte explica que los Estados deben tener un margen de apreciación al decidir cuándo comienza la vida y

28

Fuente:

[http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd\\_spa.pdf](http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf) (último acceso: 2-2-2021)

<sup>29</sup> El texto en español no figura en la web oficial de la ONU y sí figura el texto en inglés <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf> (último acceso: 2-2-2021)

que el art. 8 no confiere un "derecho" al aborto: "el art. 8 no puede... ser interpretado como confiriendo un derecho al aborto"<sup>30</sup>.

Debe señalarse la ambigüedad que ha caracterizado al debate en sedes internacionales sobre "salud reproductiva" que ha resultado en una creciente dificultad de diálogo para distinguir entre los legítimos aspectos que conciernen a la planificación de la familia y los contenidos más polémicos y que no resultarían aprobados en el marco de un debate abierto y leal entre los representantes de los países al momento de acordar un texto.

La ambigüedad del términos derechos reproductivos puede verse constatada por el hecho de que la ley 25673 que en Argentina crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable dispone que los anticonceptivos que se brindarán en el marco del Programa deben ser "no abortivos" (art. 6). Paradójicamente, el art. 6 de la ley 27610 remite a la ley 25673 sin derogar ese artículo 6.

De lo dicho puede señalarse que no hay ningún tratado que contemple la obligación de considerar al aborto entre las libertades propias de la procreación humana. Es más, Argentina se opuso a considerar el aborto como un método de planificación familiar o una prestación exigible en términos de salud reproductiva o "derechos reproductivos". Además, el aborto consiste en privar deliberadamente de la vida a otro ser humano y ello violenta principios fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico.

### **c) El aborto, la autonomía de la madre y el derecho a la vida del por nacer**

El otro fundamento central que se invoca para legalizar el aborto es la autonomía de la mujer. Así lo expresó Aída Kemelmajer de Carlucci: "hay una norma que dice que la vida se protege desde la concepción. Esa norma está allí, de la misma manera que está esa norma que dice que el niño puede reclamar alimentos a los abuelos. Ahora bien, además de esa norma, al mismo tiempo, otras y otros principios jurídicos sostienen el derecho de toda persona a no ser instrumentalizada, a llevar adelante su propio proyecto de vida. Esto se llama autonomía. También en la mujer gestante, además de la autonomía, está el derecho a su vida, a la salud, etcétera, etcétera. la función del legislador es resolver este conflicto entre la autonomía, la salud, la vida de la persona gestante y la vida del feto, y tener en cuenta –insisto– que ninguno de los dos derechos es absoluto" (exposición ante comisiones del Senado, 15-12-2020). Y claramente afirmó: "Concluyo, pues, con las palabras del maestro Morello, cuando dijo: 'Biológicamente, la vida es superior, pero axiológicamente no. La vida solo es tal, si es digna; y la dignidad va unida a la autonomía'" (exposición ante comisiones del Senado, 15-12-2020).

También podemos citar la intervención de Gil Domínguez cuando se preguntaba: "¿De qué tratado surge el derecho a abortar? ¿De qué tratado, de qué norma? ¿Esos informes de los órganos de aplicación e interpretación dicen en algún momento que existe un derecho a abortar?" La regla de interpretación de los derechos es distinta. La pregunta que tenemos que

---

<sup>30</sup> Percival, James, "Informe: No existe un derecho al aborto en el sistema internacional", 2011, en <https://centrodebioetica.org/informe-no-existe-un-derecho-al-aborto-en-el-sistema-internacional/> (último acceso: 2-2-2021).

hacernos es: ¿dónde dice en esos tratados y dónde dice en esos informes que han emitido todos estos órganos, en general, para muchísimos estados y para la República Argentina que, conforme a esos tratados, está prohibido sancionar un proyecto de ley como el que ustedes están discutiendo hoy? La regla, en los derechos, es al revés: todo aquello que no está expresamente prohibido, está permitido. Esa es la regla de interpretación de los derechos y esa es la pregunta correcta que se tienen que hacer ustedes con respecto al sistema de derechos humanos” (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

En primer lugar, como bien señaló Alejandro Williams Becker, “en la construcción discursiva del tema en el debate en torno al aborto en la Argentina se plantea la despenalización, legalización o liberalización del aborto en términos ambiguos, haciendo uso por un lado de argumentos vinculados a la libertad o a la autonomía de la voluntad definida en términos neoclásicos, a la vez de apelar a la sensibilidad del público argumentando desde la situación de la vulnerabilidad materna”<sup>31</sup>.

Como respuesta jurídica a este argumento podemos mencionar lo que decía en su intervención ante el Senado el 10 de julio de 2018 María Angélica Gelli: “Esta norma, que ustedes pueden rechazar o aprobar, ignora, a mi modo de ver, en términos absolutos, al tercero en cuestión, que es el concebido, el engendrado, el fertilizado o como ustedes quieran llamarlo. Ese problema para nosotros en el sistema constitucional y convencional está resuelto. La Constitución nacional tiene varias normas, pero como tengo un tiempo acotado me voy a referir a la más importante: el artículo 19. Yo les diría que si borramos todos los artículos del capítulo de los derechos y dejamos solo el 19, podríamos establecer un sistema de libertad para todos. Porque se señala que las acciones privadas de los hombres, en lo que aquí interesa, que de ningún modo generan daño a terceros, son libres. Es la norma que viene de nuestra Constitución histórica, que asegura la libertad, la autonomía, la privacidad. Autonomía y privacidad están puestas en este proyecto en revisión, pero con un límite: el daño a terceros. Por eso les decía que lo esencial es saber cuándo estamos en presencia de un tercero”. En el mismo sentido, Daniel Herrera afirma: “El problema es que en el caso del aborto la mujer no decide solamente sobre su cuerpo (que indudablemente está involucrado cuando está embarazada) y solo sobre su vida, sino que decide sobre el cuerpo, el ser o la vida de otro ser humano. Por tanto, no estaría alcanzado por el principio de reserva del art. 19, pues el mismo artículo establece como límite que dichas acciones privadas no ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. En este caso, el niño por nacer (conforme a la Constitución, como vimos) es un tercero que no puede ser perjudicado y mucho menos eliminado”<sup>32</sup>.

Desde una perspectiva iusfilosófica, Carlos Massini Correas y Eliana de Rosa afirman: “(i) no existe propiamente un “derecho general de autonomía”, ya que la denominada “autonomía” es una realidad de otro tipo; (ii) sí existe un derecho moral a la vida en el feto (en rigor, se trata del derecho a no ser

---

<sup>31</sup> Williams Becker, Alejandro Eduardo. “Aborto: el fracaso de las políticas públicas para la maternidad vulnerable” [en línea]. *Vida y Ética*, 19.2 (2018), p. 48. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8808> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>32</sup> Herrera, Daniel A., “El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas”, *El Derecho – Diario*, Tomo 278, 13-06-2018, Cita digital: ED-DCCLXXVII-335.

muerto) con fundamento en el bien humano de la vida, y (iii) la denominada "bioética liberal", al menos en sus formulaciones más habituales, incurre en inconsistencias y falacias graves e insuperables"<sup>33</sup>.

En su exposición ante el Senado el 15-12-2020 Alfonso Santiago respondió una pregunta sobre la forma en que se puede resolver el pretendido conflicto de derechos entre la madre y la persona por nacer. Allí sostuvo: "En esa ponderación que hay que hacer, siempre se dice que en la ponderación hay que salvar el contenido esencial de todo derecho. Se pueden armonizar aspectos periféricos, pero nunca se puede afectar el núcleo esencial del derecho. Y si estamos autorizando el exterminio o eliminación de una persona, por lo tanto, la aniquilación de su derecho a la vida, no hay ponderación posible. La ponderación se debe hacer entre el derecho al honor y la libertad de expresión, etcétera, en aquellos márgenes en donde es posible sin afectar el contenido esencial de cada uno de los derechos. Por lo tanto, una ponderación que lleve a la eliminación del derecho, al exterminio de la propia persona, no es ninguna ponderación, es simplemente eliminación. Por lo tanto, en esa ponderación, siempre hay que salvar el contenido esencial. Esto es la doctrina de nuestro artículo 28, que después también ha sido receptada en el derecho comparado en la Constitución alemana, que dice que el contenido esencial de los derechos nunca puede ser aniquilado".

En el mismo sentido, Fernando Toller sostuvo ante las comisiones de Senado el 17-12-2020: "uno puede estar ponderando derechos que tienen cierta elasticidad, como puede ser cuánto impuesto cobramos, cómo es el derecho de propiedad, o cuánto decimos en un periódico que podría afectar el honor de otra persona, etcétera; pero cuando estamos hablando de que esa ponderación lleva a la destrucción de un sujeto de derechos, según dice el artículo 19 del Código Civil –que ustedes podrían derogar el artículo 19, pero veo que no lo están derogando– o la Convención Americana de Derechos Humanos, la regla general es el derecho a la vida desde la concepción. Dice que puede haber excepciones, pero no al ser humano sino a la protección legal. No establece que la regla es que no es un ser humano".

En su exposición ante las comisiones de Diputados, Ana Belén Mármora hizo un análisis del proyecto de ley de aborto desde los criterios de razonabilidad, estructurando su intervención en torno a las siguientes cuestiones sobre los fines del proyecto, su legitimidad, si los medios elegidos son idóneos o eficaces para lograr ese fin y si no hay otras alternativas más idóneas y eficaces para lograr el fin. Así, con una aguda argumentación concluyó que la iniciativa era arbitraria e irrazonable.

Héctor P. Iribarne suma un elemento para la protección del por nacer: el *favor debilis*, que "es un inveterado principio jurídico. En el caso debe consagrarse, como *favor vitae*, en beneficio del ser concebido. En nombre de esa pauta, genuino principio general del derecho, tutelamos —desde Roma para aquí— de modo preferente a los deudores, a las personas laboralmente dependientes, a los discapacitados, etc. No puede negarse la pertinencia de la extensión del principio a favor del niño por nacer, frente a quien la opinión elaborada para su supresión física, a partir de distinciones conceptuales seriamente cuestionables, debe ceder —en virtud de su absoluta indefensión

---

<sup>33</sup> Massini Correas, Carlos I., De Rosa, Eliana, "¿Existe un "derecho al aborto"?", El Derecho - Diario, Tomo 289, 07-09-2020, Cita Digital: ED-CMXXIV-830.

frente a su activa y deliberada destrucción— con sustento en este principio que postulo aplicable a su respecto”<sup>34</sup>.

En efecto, como hemos procurado demostrar, desde el momento de la concepción estamos ante un ser humano distinto, individual, único e irreplicable, que tiene derecho a la vida. De allí que el argumento de la autonomía encuentre su límite en esa nueva vida individual que no puede ser eliminada. Ciertamente, hay casos dramáticos que pueden llevar a la madre a pensar en un aborto. Pero, fuera de los supuestos de aborto indirecto como fruto de un peligro inminente para la vida de la madre que veremos al comentar el art. 4, esos casos difíciles requieren respuestas integrales que apunten a resolver los problemas de fondo de la maternidad vulnerable, guiados por la premisa de procurar salvar las dos vidas. Ese imperativo ético-jurídico de preservación de la vida moviliza una respuesta integral. El aborto legalizado no soluciona esas causas de fondo y se desentiende del problema por medio de la exaltación de la autonomía individual<sup>35</sup>, soslayando la inviolabilidad de cada vida humana.

#### **d) La protección constitucional de la vida humana desde la concepción**

##### **d.1) Sobre la postura que sostiene que el embrión no es persona**

Como dijimos antes, junto con los argumentos orientados a sostener que existiría una suerte de derecho a acceder al aborto, quienes intervinieron en favor de la ley desarrollaron otra línea argumental destinada a desarticular la protección constitucional de la vida humana desde la concepción. Para ello recurrieron a distintos planteos, que algunas veces fueron complementarios entre sí.

El primero de estos planteos es el que sostiene que el ser humano por nacer no puede considerarse como persona, desde el plano jurídico. Ya vimos al comentar el art. 2 los términos en que se verifica el debate en la biología sobre si el por nacer es o no un ser humano individual. En el campo jurídico el debate también se plantea en términos de distinguir entre vida y persona.

Entre quienes plantearon esta postura encontramos a Ricardo Gil Lavedra, quien en su intervención del 15-12-2020 ante las comisiones de Senado se refirió a la distinción entre ser humano y persona humana: “¿dónde está el desacuerdo entre estas dos posiciones? Sobre los alcances de la palabra “vida”: es decir, qué significa esto de la vida. Quienes sostienen esta postura a la que me acabo de referir, personifican, humanizan al proyecto de vida que anida el embrión, parificándolo con el ya nacido o con un ser humano o con una persona; y esto no es así. El embrión no es una persona ya nacida. El derecho positivo no trata de la misma manera al nacido que al por nacer. La vida que puede haber en un embrión o en una semilla requiere un desarrollo para poder nacer. Y este desarrollo no es autónomo: depende, obviamente, del cuerpo de la madre. Por supuesto que este proyecto de vida requiere

---

<sup>34</sup> Iribarne, Héctor P. "Acerca de la despenalización del aborto", Revista Derecho Privado, Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p.151. Id Infojus: DACF120039.

<sup>35</sup> Sobre la exacerbación del individualismo y el aborto, ver Budano Roig, Antonio R., *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2016, p. 188.

tutela, pero esta no tiene por qué ser penal. Es decir, no es criminalizando a la mujer. Y es una ficción sostener que un embrión es un chico”.

Ahora bien, desde lo jurídico, la distinción entre ser humano y persona humana no tiene fundamento. Al contrario, existen sólidas razones jurídicas para sostener la identidad entre ser humano y persona humana. Todo ser humano es persona. No puede haber seres humanos que no sean personas<sup>36</sup>. Basta mencionar el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece: “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que reconoce que “persona es todo ser humano”.

En su intervención ante el Senado, Débora Ranieri explicaba: “Si el ser humano, en el inicio de la vida humana, en el inicio de la concepción, no es persona, ¿qué es? ¿Una cosa?” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020). Y luego agregaba: “no hay razones lógicas ni claras para distinguir que no hay derecho a nacer antes de la semana catorce, y sí después de la semana catorce, aunque con ciertas restricciones, como la ampliación de causales. De hecho, nótese que, de aborto no punible del Código vigente, se quiere pasar a un derecho al aborto por causales desde la semana catorce hasta antes de nacer” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

En la base de esta identidad entre ser humano y persona humana se encuentra el principio de la igual dignidad de todos los seres humanos, como bien enfatizaba Alfonso Santiago en su exposición en el Senado el 15-12-2020: “Todo el sistema político y jurídico de una democracia constitucional se funda en el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana. Cada una de ellas, incluidas las personas por nacer, es un fin en sí mismo; un sujeto, no un mero objeto; alguien, no meramente algo. Esa dignidad es, originariamente, igual y común a todos los seres humanos” y concluía que “el proyecto de ley presentado desconoce, abiertamente, este principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana al legitimar la eliminación y exterminio de las personas por nacer como modo de satisfacer una voluntad o deseo de otra persona, por apremiante que sea su situación existencial”.

En síntesis, es insostenible la postura que diferencia entre ser humano y persona humana, no solo desde principios básicos de justicia, sino con arreglo a las normas fundamentales de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional en la Argentina por disposición del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

## **d.2) El ser humano por nacer y su personalidad ante la declaración interpretativa o reserva de Argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23849**

---

<sup>36</sup> Andorno, Roberto, “¿Todos los seres humanos son 'personas'? - El derecho ante un debate emergente”, El Derecho - Diario, Tomo 176, 766, 02-04-1998, Cita Digital: ED-DCCLXV-555.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, ha sido central la discusión en torno a cuál es la fuerza vinculante de la declaración interpretativa que formuló la República Argentina por ley 23849 al momento de aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño. Esa ley del Congreso introdujo una declaración en su art. 2 en la que la República Argentina entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Como el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional sostiene que los distintos Tratados (entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño) tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, se considera que esta declaración interpretativa tiene la misma fuerza vinculante que una reserva y forma parte de las condiciones de vigencia del Tratado para la Argentina y, por tanto, tiene jerarquía constitucional la definición dada sobre el comienzo de la existencia del niño desde la concepción.

El tema fue muy debatido durante todas las reuniones parlamentarias y presenta varias aristas que procuraremos sistematizar a continuación.

### **i) La fuerza vinculante de las declaraciones interpretativas y de las reservas**

Los promotores de la ley entienden que el ser humano por nacer no puede ser considerado “niño” bajo la Convención y por tanto su derecho a la vida no estaría protegido constitucionalmente. Y si el derecho a la vida no está protegido constitucionalmente, argumentan, una ley que autoriza a quitarle la vida a los concebidos en forma prenatal no sería “inconstitucional”. Para sostener su postura, alegan que la declaración incorporada en la ley 23849 constituye una declaración interpretativa y no una reserva. Así lo planteó claramente en su exposición ante las comisiones de Senado el 14-12-2020, la Ministra Gómez Alcorta, quien dijo: “el Estado argentino no hizo una reserva en este sentido, sino que formuló una declaración que es interpretativa. ¿Eso qué significa? Significa que tiene un rango legal, no un rango constitucional esa norma interpretativa”.

Por su parte, Luis Pedernera, presidente del Comité de los Derechos del Niño, afirmó ante los senadores el 17-12-2020 sobre la declaración contenida en el art. 2 de la ley 23849: “La Declaración... es una Declaración unilateral. No suspende los efectos del Tratado en el Estado: solo vale para ustedes y no tiene ningún efecto para el Comité que integro.

En una declaración conjunta de Decanos de Facultades de Derecho titulada “Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar”, se explicaba que el fundamento de esta declaración interpretativa era el siguiente: “Nuestro país hará asimismo una declaración interpretativa con relación al artículo 1º de la Convención. Teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto por el Código Civil argentino, la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno, (hoy modificado pero manteniendo dicho momento) se entiende que niño es todo ser humano desde la concepción y hasta alcanzar los 18 años. Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la Convención con respecto a la protección de las personas por nacer. Se trata claramente de una expresa declaración interpretativa condicional de la aprobación y ratificación de la Convención por parte de la República Argentina en este punto. Y se efectúa

claramente en “protección de las personas por nacer”. Esto no mereció objeción por ningún otro Estado miembro del Tratado”<sup>37</sup>.

Ahora bien, lo decisivo que señalan los Decanos en la declaración mencionada es que existe una “Guía de la Práctica sobre reservas a los Tratados” (2011), aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63º período de sesiones en 2011 que aclaró algunas dudas que se habían planteado en torno a los alcances del artículo 2º de la Convención de Viena que afirma: “Se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera seas su enunciado o denominación...”. Explican los Decanos que este artículo asimila unas y otras y esto trajo dificultades de interpretación. En la Guía de 2011 se precisa:

*“1.2. Definición de la Declaración Interpretativa: se entiende por Declaración Interpretativa una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con el objeto de precisar o aclarar el sentido o alcance de un Tratado o de alguna de sus disposiciones”.*

*“1.4. Declaración Interpretativa condicional. 1. Una declaración interpretativa condicional es una declaración unilateral... por la que ese Estado...condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación especial del tratado o de alguna sus disposiciones. 2. Las declaraciones interpretativas condicionales estarán sujetas a las reglas aplicables a las reservas”.*

Así, los Decanos en el texto mencionado explican: “El carácter imperativo del artículo 2º de la ley 23.849 al establecer “debe interpretarse” no ofrece dudas en cuanto a la condicionalidad de la aprobación de la Convención por parte de la República Argentina bajo tal interpretación del artículo 1º conforme a la cual se es niño desde la concepción. Y esto vale tanto para el orden internacional como para el interno ya que los tratados tienen constitucionalmente jerarquía superior a las leyes”<sup>38</sup>.

Pablo Garat, uno de los firmantes de la declaración citada en razón de ser el Decano de la Facultad de Derecho de la UCA, expuso estos elementos ante las comisiones del Senado el 15-12-2020. Así resumió el problema: “hay una objeción central en cuanto a la declaración interpretativa que la Argentina introdujo por la ley 23.849, cuando aprobó y ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Con el único apoyo en el fallo “F.A.L.”, considerando escueto el 13, se dice que una declaración interpretativa no es una reserva. Pues frente a esto lo que hay que decir es que ya ha sido resuelto, en el marco de la interpretación de las reservas y declaraciones de

<sup>37</sup> Declaración de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Católicas, “Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar”, 20/11/2020, disponible en <http://uca.edu.ar/es/noticias/ante-el-aborto-como-politica-pública-del-delito-de-aborto-al-derecho-a-abortar> (último acceso: 2-2-2021). Ricardo Bach de Chazal precisa: “Recordemos que en el Mensaje de Elevación Nº 114/90 del 30 de agosto de 1990 con el que se acompañó el proyecto de esa ley aprobatoria, el Poder Ejecutivo Nacional, luego de recalcar la consagración del derecho intrínseco a la vida de todo niño y su interés superior, dijo que “... Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la convención con respecto a la protección de las personas por nacer...”. La ley fue sancionada por unanimidad en ambas cámaras del Congreso y la declaración fue efectivamente realizada, al momento de ratificarse el tratado, el 4 día de diciembre de ese mismo año” (Bach de Chazal, Ricardo, “Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional”, El Derecho – Diario, Tomo 289, 24-12-2020, Cita digital: ED-MIII-921.

<sup>38</sup> Id.

los tratados por la guía de 2011, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su sexagésimo tercer periodo de sesiones y registrada por la Asamblea General un año antes del fallo "F.A.L.", que, sin embargo, no la consideró. Entonces, de ello surge claramente que la Argentina, al efectuar esta acción interpretativa, dijo que necesitaba aclarar que para la Argentina se es niño desde la concepción. Esta es la voluntad soberana del Estado nacional, de la República Argentina".

Otro elemento que aportó Garat en la reunión de comisiones del Senado el 15-12-2020 fue el hecho de que así como la Argentina hizo esta declaración que tiene la fuerza de una reserva, también Francia hizo otra declaración en sentido de mantener la vigencia de su legislación abortista: "La Argentina, de manera soberana, en 1989, dijo: Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la Convención con respecto a la protección de las personas por nacer. Y lo hizo para alinear la ratificación de la Convención contra el Código Civil, que en aquel momento y hoy establecen que se es niño desde la concepción; que la persona humana comienza desde la concepción; Francia, en el otro extremo, hizo una declaración, también –no una reserva– y dijo: El gobierno de la República Francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6º, no puede interpretarse en el sentido de que constituye un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo" (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

Otro expositor que se refirió al tema fue Rodolfo Barra, quien ante los senadores el 17-12-2020 sumó el argumento referido al mecanismo constitucional de aprobación de los Tratados como elemento decisivo para la resolución de esta cuestión: "La ley 23.849 afirma que se es niño, a los efectos de la Convención de los Derechos del Niño, desde la concepción. Esta ley, que se integra y hace vigente para la Argentina la Convención de los Derechos del Niño, tiene jerarquía constitucional. Para nuestro ordenamiento, la vigencia de un tratado o convención internacional resulta de un procedimiento federal complejo, que consiste en la firma del documento por parte del presidente o su delegado, la aprobación por ley del Congreso, la promulgación expresa o tácita de esa ley por el Poder Ejecutivo y la ratificación del tratado –según este lo determine–, por ejemplo, con el depósito ante el secretario general de las Naciones Unidas. Por ser vigente una norma, es aplicable en la totalidad de su contenido y –según este lo prevea– en lo subjetivo, objetivo, temporal y espacial. La Convención de Viena sobre la interpretación o sobre el derecho de los tratados –norma que ha sido firmada y ratificada por la Argentina y, por lo tanto, es superior a cualquier ley argentina, conforme con el artículo 75, inciso 22 de la Constitución– establece que la aprobación es el consentimiento que da un Estado parte a obligarse por un tratado. Lo hace obligatorio para el ratificante en los términos del consentimiento otorgado por ese Estado; así lo dice, expresamente, el artículo 2º, inciso b) de la Convención. En los términos del consentimiento dado y aceptado por la contraparte, es obligatorio para el Estado. la Convención de los Derechos del Niño, de acuerdo con su propio texto, entra en vigor por el depósito de los instrumentos de ratificación ante el secretario general; así lo dice el artículo 47. Para la República Argentina, el instrumento de ratificación es la ley aprobatoria que se menciona en el artículo 75, inciso 22, es decir, la ley que le da vigencia; en este caso, la ley 23.849. Ningún Estado rechazó la reserva argentina en los términos del

artículo 51 de la propia Convención de los Derechos del Niño. Las Naciones Unidas aceptó y notificó tal reserva a los restantes estados parte, conforme con el artículo 51. Cualquiera puede entrar en la página de las Naciones Unidas y ver allí cómo están asentadas las condiciones en las que la República Argentina se obligó a aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño. La reserva está ajustada al propósito de la Convención; propósitos que están definidos en su preámbulo”.

En síntesis, la República Argentina se obligó internacionalmente a cumplir la Convención sobre los Derechos del Niño de una manera más amplia que otros países, interpretando que niño es todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años. Lo hizo por medio de una declaración interpretativa condicional a través de la ley 23849, que tiene la misma fuerza que una reserva. En consecuencia, desde la concepción se reconoce al ser humano como niño y se le deben garantizar todos los derechos, incluyendo el derecho a la vida y el respeto de su interés superior.

## **ii) La expresión “en las condiciones de su vigencia”**

En conexión con el debate en torno al alcance de la declaración interpretativa de la ley 23849 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, hubo una serie de planteos que entienden que, cuando el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional afirma que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, ello excluye a la ley 23849.

Sobre este punto, Alfredo Vítole tuvo una intervención esclarecedora ante los senadores el 15-12-2020: “la discusión de las “condiciones de su vigencia” fue una discusión que tuvo lugar en el debate de la Convención Constituyente de 1994, exclusivamente, con relación al tema de la Convención sobre los Derechos del Niño. Están en los debates, y voy a leer, concretamente: en la Comisión de Redacción, en el plenario de comisiones, en la Comisión de Tratados Internacionales, en donde la propuesta del doctor Barra, que no se aprobó, decía agregar “con las reservas y declaraciones interpretativas aprobadas por la República Argentina”. Y a esto se lo consideró redundante. Está textualmente en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente. El convencional Juan Pablo Cafiero fue quien tranzó la solución. Lo dijo y lo voy a citar textualmente. Solicitó que se incorpore la frase “en las condiciones de su vigencia” al texto del inciso 22), y cito: “...para no tener que poner los números de todas las leyes que fijan la postura interpretativa seguida por nuestro país respecto de cada tratado”. Esta es la interpretación auténtica que los convencionales constituyentes de 1994 dieron al sentido de “en las condiciones de su vigencia”. Esto quiere decir que, para el derecho argentino, “en las condiciones de su vigencia” es muy claro que refería a la declaración que realizó este Congreso, declarando que hay niño desde la concepción” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

En el mismo sentido se pronunció Rodolfo Barra: “yo fui convencional constituyente y quiero señalar que tanto cuando se discutió el artículo 75, inciso 22), como cuando se discutió el artículo 75, inciso 23), hicimos expresa referencia a la cuestión del aborto; hicimos expresa referencia a lo que marca el momento clave de la concepción. Los señores senadores pueden ver esto, por supuesto, en las actas de la Convención Constituyente y, además, hay un montón de bibliografía sobre el tema. Es decir, esta idea fue expresamente

ratificada. La primera versión –del 75, inciso 22)– ponía al lado de cada una de las convenciones que en ese momento se estaban declarando como de jerarquía constitucional, el número de la ley que la había aprobado. Como este era un texto muy pesado para hacer en una Constitución –recuerdo mi conversación con el convencional Juan Pablo Cafiero en ese momento–, quedamos en sustituir la mención de cada una de las leyes por la expresión “condiciones de su vigencia”. Porque no podía ser de otra manera. Nosotros no podíamos... Hubiese sido posible, sí, pero queríamos respetar lo que había sido la posición del Poder Ejecutivo, al firmar la convención, y la posición del Congreso, al ratificarla o aprobarla por ley. Queríamos respetar lo que había decidido el Congreso. Por eso, la última parte del artículo 75, inciso 22” (exposición ante comisiones del Senado el 17-12-2020).

Otro ex-convencional constituyente que intervino en el debate fue Eduardo Menem, quien ante las comisiones del Senado el 17-12-2020 agregó: “Me voy a permitir leerles lo que dice la Convención de Viena sobre lo que son las reservas. Dice: Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño... Esto no. El artículo 2º, inciso d), del convenio de Viena establece que se entiende por “reserva” –escúchenme bien– una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación –es decir, sea declaración o reserva–, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ese tratado. O sea que está claro –está claro– que esa declaración de Argentina se ha modificado en el sentido de extender la protección de los derechos del niño a partir de la concepción; y por supuesto que ese tratado tiene vigencia para Argentina en esas condiciones. Por eso, la Constitución cuando dice “en las condiciones de su vigencia” refiere a las condiciones de su vigencia para el país. Cuando un expositor dice “eso vale solo para Argentina, solo para ustedes”. ¡Claro, vale para Argentina! Estamos legislando en Argentina, no en otro país”.

García Lema, quien fue el convencional constituyente que propuso y fundamentó la incorporación del art. 75 inc. 23 a la Constitución Nacional explica los argumentos que brindó al fundar ante la Convención la segunda parte del actual inc. 23 del art. 75 de la Constitución, sostuvo como fundamento: “el art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño lo define [al niño], según la Reserva Argentina que determina las “condiciones de su vigencia”, conforme lo señalara el convencional Rodolfo Barra al informar sobre la incorporación de la nueva norma —y ese concepto condiciona la “jerarquía constitucional” de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución— bajo la siguiente definición: ‘Todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad’”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> García Lema, Alberto M., “Protección constitucional del derecho a la vida. La libertad e igualdad de oportunidades. Consecuencias”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 12, Cita Online: AR/DOC/1240/2018. En este trabajo, García Lema afirma: “Si se llegara a un texto legal que modificara sustancialmente el nivel de protección que se contempla en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los referidos términos de la Reserva Argentina y ello viniese a importar una modificación de la aprobación de esa Convención a la que se otorgó jerarquía constitucional en las aludidas “condiciones de su vigencia”, entonces las mayorías requeridas para la derogación —concepto al que se podría asimilar la modificación sustancial de un tratado por una ley— la mayoría debería ser de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros

Luis Olaguibe ha estudiado el tema del comienzo de la existencia de la persona en la Convención constituyente de 1994 en su tesis doctoral. Olaguibe sostiene: “se deduce de las discusiones planteadas durante las sesiones del 2 y 3 agosto de 1994 que la posición mayoritaria pretendió que desde una interpretación sistémica de los textos de las convenciones incorporadas taxativamente en el nuevo inc. 22 del art. 75 se estableciera clara y fuertemente la protección de la vida del niño desde el inicio de su existencia, es decir desde el momento de la concepción, y la protección de la mujer en estado de gravidez y luego, en el parto, a través de diversas medidas no discriminatorias y asistenciales como expresa luego el inc. 23 del mismo artículo”<sup>40</sup>.

En otro pasaje de la reunión del 17-12-2020, Rodolfo Barra volvió sobre el tema: “Además de ser una obligación internacional del Estado argentino, la Convención de los Derechos del Niño es una norma complementaria de la Constitución Nacional y “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...”, dice el artículo 75, inciso 22, de la Constitución; esto es de acuerdo con la ley aprobatoria y la ratificación depositada en el organismo internacional. Así resulta del último párrafo del artículo 75), inciso 22). Es decir, a lo que se le da jerarquía constitucional es al tratado documento internacional, ratificado por ley del Congreso y, con una nueva ley, elevado a la jerarquía constitucional. Esto lo ha hecho el Congreso en las dos o tres ocasiones en las que agregó nuevas convenciones sobre derechos humanos después de 1994. Con “las condiciones de su vigencia” se refiere a la vigencia para la Argentina. Obviamente, la Constitución no va a hablar de la vigencia para el mundo. Es la vigencia para la Argentina. .... Guatemala. Hizo una reserva igual a la Argentina. También está en ese elenco de Naciones Unidas. Y, también, en sentido contrario, Francia, por ejemplo. Su texto es importante. Dice que el gobierno de la República Francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6º, no puede ser interpretado como constitutivo de obstáculo alguno a la implementación de las provisiones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo. Nadie puede pensar que el gobierno francés se obligó a respetar la Convención de los Derechos del Niño, sin esta condición de vigencia para su propio ordenamiento”.

En síntesis, se advierte que la interpretación sobre los alcances de la expresión “en las condiciones de su vigencia” referida a la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales, claramente está vinculada a las leyes que aprobaron esos Tratados y que marcan la manera en que Argentina se obligó a respetarlos. De esta forma, se concluye que la afirmación de que la persona por nacer es niño bajo la Convención y tiene derecho a la vida goza de jerarquía constitucional por disposición del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

### **iii) El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño**

Otro elemento que se suma a la interpretación de los alcances de la protección jurídica del niño por nacer está dado por el Preámbulo de la

---

de cada Cámara, que deberían autorizar al Poder Ejecutivo a denunciar a dicho tratado, conforme lo establece la parte final del segundo apartado del inc. 22 del art. 75”.

<sup>40</sup> Olaguibe, Luis H., “Protección constitucional del derecho a la vida a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 183, Cita Online: AR/DOC/1181/2018.

Convención, que afirma que tiene presente “que, como se indica en la Declaración sobre los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Este párrafo ha dado lugar a un interesante debate en torno a la protección del concebido en la Convención. Basset, siguiendo a Sharon Detrick y Jane Adolphe, explica que “la sugerencia de la cita de la Declaración de los Derechos de los Niños fue hecha por el representante de la República Federal Alemana. Países como la Santa Sede, Italia, Venezuela, Senegal, Kuwait, Argentina, Austria, Colombia, Egipto y una organización no gubernamental propiciaban que, además de la cita de la Declaración, se incluyera el comienzo de la vida humana con la concepción. Otras delegaciones, como Noruega, Países Bajos, India, China, URSS, Dinamarca, Australia, Suecia, la ex República Democrática de Alemania y Canadá, se oponían a ambas, por sostener que la vida comenzaba con el nacimiento”<sup>41</sup>. Hubo un intenso debate y un intento de recortar el alcance aclaratorio de este párrafo, que fue rechazado pues suponía quitar al preámbulo su valor como criterio de interpretación a la luz del derecho de los Tratados. Así, explica Basset que “según el preámbulo de la CDN, que sigue teniendo valor hermenéutico, la vida del niño debe ser protegida “tanto antes como después del nacimiento”, y, por lo tanto, el concepto de “niño” se extiende en una prolongación indeterminada hasta “antes del nacimiento” para todos los Estados partes”<sup>42</sup>.

En 2016, Thomas Finegan desarrolló una amplia investigación sobre la persona por nacer en los Tratados de Derechos Humanos, con particular referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>43</sup>. Finegan entiende que se debe considerar al feto como ser humano o niño para el significado natural y ordinario de las palabras<sup>44</sup>, lo que además es consistente con los arts. 1, 6 y 24.2.d de la propia Convención. Además, estudia a fondo la cláusula del preámbulo referida a la etapa prenatal y concluye que la Convención sobre los Derechos reconoce positivamente al niño por nacer como sujeto de derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida<sup>45</sup>.

Durante los debates de la ley de aborto, Toller afirmó: “el Preámbulo dice, pero no lo dice solo para la Argentina, sino para los cientos no sé cuántos países que han firmado, que tiene que haber la debida protección legal del niño, tanto antes como después del nacimiento. Ergo, para la Convención sobre los Derechos del Niño, además para el artículo 75, inciso 23), de la Constitución, lo que está en el vientre de una persona gestante, la Convención le llama “niño” antes del nacimiento. Por lo tanto, ese niño tiene todos los derechos de los niños, de la Convención; inclusive, el artículo 6º que habla

---

<sup>41</sup> Basset, Úrsula C., “Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños”, *El Derecho*, 07-07-2008, Cita Digital: ED-DCCLXX-211.

<sup>42</sup> Basset, op. cit.

<sup>43</sup> Finegan, Thomas. "International Human Rights Law and the Unborn: Texts and Travaux Preparatoires." *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, no. 1, Winter 2016, p. 89-126. HeinOnline.

<sup>44</sup> Finegan, op. cit., p. 115.

<sup>45</sup> Finegan, op. cit., p. 125.

del derecho a la vida” (exposición ante las comisiones del Senado, 17-12-2020).

Barra resaltó la importancia del Preámbulo como criterio de interpretación en su exposición ante los senadores el 17-12-2020: “Normalmente, el preámbulo es un criterio de interpretación de los textos normativos. Así lo dice la propia Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Nuestra Corte, desde su origen hasta la fecha, ha aplicado el preámbulo como criterio de interpretación e, incluso, como norma”. En efecto, el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone: “2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*”.

Así, la inclusión de la etapa prenatal en la redacción del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño es un elemento más que refuerza la interpretación ya hecha en el sentido que para la Argentina hay que considerar niño a todo ser humano desde la concepción.

#### **iv) La interpretación de la Convención**

Otro de los ejes del debate en torno a la ley 23849 estuvo dado por quién es el órgano encargado de interpretar la Convención y qué incidencia tiene ello en el debate sobre la ley de aborto. Entre los expositores a favor de la ley, Luis Pedernera, presidente del Comité de los Derechos del Niño, en su exposición ante los senadores el 17-12-2020 afirmó: “somos el órgano creado por la Convención de los Derechos del Niño. Está integrado por 18 expertos independientes, electos por la Asamblea de Estados parte, a la fecha, 196 Estados; la única excepción es Estados Unidos. Es decir, prácticamente, la Asamblea General de Naciones Unidas nos elige para un mandato de cuatro años. Somos el órgano de control de aplicación del Tratado. Recibimos denuncias, realizamos investigaciones por violaciones a los derechos del niño y somos la autoridad competente para interpretar la Convención”. Y luego se refirió a las recomendaciones que le hizo el Comité al Estado argentino en 2018 para que “garantice el acceso de las adolescentes a los servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto”, afirmando que “la ley que está en discusión, por lo tanto, está alineada con las recomendaciones que el Comité le formuló en 2018 al Estado argentino”.

En relación a este punto, Gil Domínguez agregó un elemento adicional (mencionado también por Pedernera): “¿Qué ha hecho el Estado argentino una vez que ha recibido estos informes particulares? Reitero: no observaciones generales, sino informes particulares vinculantes respecto del Estado argentino: los ha acatado; no ha hecho ninguna manifestación frente a Naciones Unidas; no ha hecho ninguna expresión por los canales diplomáticos expresando que, en estos informes, se estaba violando o desconociendo la declaración interpretativa realizada por el Estado argentino oportunamente; con lo cual se le aplica la teoría de los actos propios –o el principio de estoppel– respecto de que existe una conducta del Estado argentino, frente a la comunidad internacional, de aceptación, que es compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño, un proyecto de

ley como el que se está discutiendo en este momento en el Congreso" (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

En respuesta a estos argumentos podemos afirmar que, ciertamente, el Comité de los Derechos del Niño tiene entre sus funciones interpretar la Convención. Pero, como ya vimos al considerar la fuerza vinculante de las recomendaciones de estos organismos en el comentario al art. 1 de la ley, la República Argentina tiene su propio diseño constitucional que pone en cabeza de los tres poderes distintas atribuciones para el gobierno y el cumplimiento de los derechos humanos. Así, tomando en cuenta las recomendaciones del Comité, el Congreso puede decidir un camino distinto al sugerido por el Comité para resolver el problema de fondo que motivó la preocupación del organismo. Ya vimos en el comentario al art. 1 algunas vías alternativas al aborto para enfrentar el problema del embarazo adolescente. Creemos que es posible procurar solucionar ese problema sin necesariamente legalizar el aborto.

En este sentido se expresó Alfredo Vítolo: "La Comisión de Derecho Internacional, órgano interpretativo jurídico principal de las Naciones Unidas -y tal como señaló el doctor Garat esta mañana-, reconoce el valor legal de las declaraciones interpretativas como aptas para precisar o clarificar el sentido o alcance atribuido a un tratado. Y esto es textual del Comité. Una declaración interpretativa no pretende modificar el tratado, sino solo aclarar su sentido cuando existen, como en este caso, cuestiones oscuras o no resueltas, y conforman el alcance de la obligación internacional del Estado. No obstante, más allá de cual pueda ser el alcance internacional de la referida declaración, no es menos cierto que, para nuestro derecho interno, la declaración formulada en una ley que clarifica el alcance de la obligación asumida en el tratado, obliga a todas sus autoridades. Para nuestro ordenamiento jurídico, entonces, con jerarquía suprallegal, hay niño -y resalto esta palabra: "niño"- desde la concepción. Esta definición torna irrelevante la distinción que formuló ayer el ministro de Salud y esta mañana el doctor Gil Lavedra, entre vida y persona. Hay "niño" desde la concepción: así lo dice nuestra ley, con una jerarquía suprallegal" (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

Es importante señalar que la ley 27610, como podemos ver en este comentario, excede por mucho de una simple "despenalización" del aborto y constituye un mecanismo legal de promoción activa del aborto, con una irrazonable y desproporcionada afectación del derecho a la vida. Los promotores del aborto, en última instancia, están reconociendo que hay una persona por nacer y soslayan que la ley concretamente en discusión ha ignorado por completo la consideración de su interés superior y ha priorizado completamente al aborto como única solución. Podemos mencionar aquí lo dicho por Garat: "todo nuestro orden jurídico, constitucional y convencional se apoya en un principio, en una regla: el interés superior del niño o de la niña que aparecen ausentes, al menos, en el debate en la Cámara de Diputados. Deben valorarse los derechos de la mujer, pero no puede estar ausente esto: el interés superior del niño, que no solamente surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de su protocolo facultativo, sancionado por la ley 27.005, sino hasta de la ley 26.061 -de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-, cuando claramente señala que, si existe un conflicto entre los derechos e

intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

También lo expresó muy bien Alfredo Vítolo: “Para el ordenamiento jurídico argentino, la definición de niño incluye a la persona por nacer. Esta definición posee jerarquía constitucional y la ley no puede contradecirla, sin violar el orden jerárquico definido por nuestra Constitución. Esto es un argumento suficiente para descalificar el proyecto por inconstitucional. Finalmente, aun asumiendo que nuestro orden jurídico no impide la regulación del aborto –y tomo aquí el punto de la doctora Kemelmajer–, el proyecto no supera el necesario test de razonabilidad. ¿Es razonable el proyecto? Claramente, no. Se dice que nadie quiere el aborto y que el aborto es una tragedia; sin embargo, el proyecto obliga a dar asesoramiento sobre el aborto y se prohíbe el asesoramiento sobre alternativas” (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

### **d.3) El por nacer y la postura de la personalidad condicionada**

A lo largo del debate algunos expositores favorables a la ley hicieron distinciones entre ser humano y persona humana, recurriendo al artículo 21 del Código Civil y Comercial que dispone *“ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”*.

En este sentido se pronunció el 14-12-2020 la ministra Gómez Alcorta ante las comisiones de Senado: “Solamente, quiero agregar que decir que hay vida no quiere decir que haya persona humana para los fines civiles. Efectivamente, el artículo 19 del Código Civil y Comercial dice que hay existencia de persona humana desde la concepción, pero el artículo 21 también aclara que si no nace con vida se considerará que la persona nunca existió. Por eso, la diferencia que hay entre vida intrauterina y la persona humana a los fines del sistema jurídico y del reconocimiento de la vida”.

Por su parte, Marisa Herrera sostiene que “la legislación civil -no solo la vigente desde agosto de 2015 sino la de fines del Siglo XIX- siempre admitió que nacer con vida o sin ella tiene diferente entidad y se valora con mayor fuerza -y por ende, protección jurídica- el nacimiento con vida. En este contexto, es claro que la persona nacida (la mujer) y su derecho a la vida tiene mayor peso que la de un feto o persona por nacer”.

Este argumento subsiste como resabio de posturas que entendían que el término “persona” era un recurso técnico del legislador para poder determinar un plexo de derechos y obligaciones para ciertos seres humanos. En todo caso, hoy no cabe duda de que todo ser humano es persona y que no hay seres humanos que no sean personas humanas. El término “persona” no es un mero artificio a merced de las decisiones políticas de turno. De hecho, el Código Civil y Comercial de 2014, siguiendo al proyecto de 1998, eliminó la definición de persona que traía el viejo código de Vélez, pues se presupone que todo ser humano es persona.

En esta línea, se advierte la coherencia entre los Tratados y el mismo art. 75 inciso 23 de la Constitución y el Código Civil y Comercial cuando reconoce que la existencia de la persona comienza con la concepción (art. 19). En los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial se reconoce esta coherencia

cuando se afirma que el texto "...innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina". Sobre el tema, Guillermo J. Borda afirma: " Cabe destacar que el Cód. Civ. y Com. no prevé concepto de persona, por no resultar necesario, dado que son personas todos los individuos de la especie humana desde el mismo instante de su concepción, en el que adquieren el estatus jurídico"<sup>46</sup>.

Hay que mencionar además el art. 51 CCC que se refiere a la inviolabilidad de la vida humana. Como dice Sambrizzi, "la vida humana es inviolable, lo que se encuentra expresamente reconocido en el art. 51 del Cód. Civ. y Com., que dispone que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Ello denota que esa inviolabilidad es absoluta, lo que lleva a la indisponibilidad de la vida, no teniendo la voluntad efecto alguno para decidir sobre su conclusión en forma voluntaria... Parece claro que el abandono del principio de la indisponibilidad de la vida humana podría llevar, más tarde o más temprano, al principio opuesto, de la disponibilidad absoluta de la misma"<sup>47</sup>.

Legalizar el aborto quiebra esa comunidad de principios, que requiere tanto la tutela de la persona en los aspectos civiles, que están relacionados con la personalidad, los derechos sucesorios, los alimentos, el reconocimiento filiatorio, etc., como en los aspectos penales, que están vinculados con la necesidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos fundamentales y que solo se detiene ante situaciones extremas, como el caso del doble efecto donde el aborto se produce como efecto indirecto no querido.

El punto fue agudamente señalado por Alberto Bianchi en su intervención ante las comisiones de Senado el 15-12-2020: "vamos a tener una crisis interna dentro del ordenamiento jurídico argentino. Hace muchos años, hace 2.500 años, Aristóteles, en la Metafísica, en el Libro IV, trazó uno de los senderos por los cuales camina la humanidad todavía, el principio de no contradicción. Nadie puede ser y no ser al mismo tiempo. Acá, vamos a ser y no ser al mismo tiempo, porque la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y el Código Civil dicen una cosa, y el Código Penal va a decir otra completamente distinta. No podemos admitir dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta contradicción".

Por otra parte, en cuanto a lo que dispone el art. 21 sobre el supuesto del nacimiento sin vida la doctrina civilista siempre fue clara en señalar que estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido. En realidad, esta norma (que reconoce antecedentes en el Código Civil de Vélez Sársfield en los arts. 70 y 74) busca evitar fraudes sucesorios. Ello por cuanto el embarazo se prueba por la simple denuncia de la mujer (como lo decía el art. 65 del CC anterior) y no pueden tomarse medidas para

---

<sup>46</sup> Borda, Guillermo J., "Derecho Civil. Parte General - 2a edición actualizada", La Ley, 2018, acceso online: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42620764/v1/document/57FDAED5-AC1F-62D3-C7B3-4F689415CEDE/anchor/57FDAED5-AC1F-62D3-C7B3-4F689415CEDE> (último acceso: 14-2-2021).

<sup>47</sup> Sambrizzi, Eduardo A., "La persona humana, el derecho a la vida y el aborto", DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 54 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 2018 (septiembre), 27/09/2018, 6, Cita Online: AR/DOC/1183/2018.

comprobar tal estado (arts. 67, 68 y 78 CC anterior). Consecuentemente, para evitar el caso de una mujer que simulara un embarazo y luego alegara la pérdida del niño y pretendiera ser la única heredera del fallecido prenatalmente, Vélez Sarsfield condicionó la transmisión de derechos al nacimiento con vida. Así, existe acuerdo en determinar que se trata de una disposición que se vincula con los derechos patrimoniales. En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en 2003, la Comisión nro. 1 que consideró el tema del comienzo de la existencia de la persona, aprobó una ponencia que sostuvo: "la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales". Como explica Tobías, "el nacimiento sin vida causa la resolución con efecto retroactivo de los derechos y las relaciones jurídicas y la cesación -para el futuro- de la calidad de persona"<sup>48</sup>. Aun cuando se admitiese la tesis de la "personalidad condicionada", la condición prevista por el legislador es una condición resolutoria, de modo que mientras no se produzca el hecho condicionante, la persona existe y su vida debe respetarse. Por otro lado, siempre se ha rechazado la idea de que el cumplimiento de una condición pueda quedar al arbitrio del sujeto interesado en su acaecimiento.

Por estas razones, consideramos inexacto afirmar que la personalidad que se reconoce al por nacer en el art. 19 del Código Civil y Comercial sea una personalidad "condicionada". El por nacer es persona para el derecho argentino, con la exigencia de ver respetada su dignidad y la inviolabilidad de su vida (art. 51 CCC).

#### **d.4) La protección "gradual e incremental" de la vida del por nacer y el fallo "Artavia Murillo"**

Ante la contundencia de la evidencia que señala que la existencia de la persona se reconoce desde la concepción en el ordenamiento jurídico argentino, la variante esgrimida por los defensores de la ley fue señalar que la protección del derecho a la vida de la persona por nacer no sería absoluta, sino que sería gradual e incremental. Se trata de interpretar el alcance del art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: "*Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente....*".

Este argumento encuentra su fundamento en la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012). Por ejemplo, la Ministra de las Mujeres, Género y Diversidad, Gómez Alcorta, sostuvo el 1-12-2020: "nuestro Código Penal establece un sistema que -si bien nosotros modificamos en forma parcial-, efectivamente señala que el derecho a la vida es incremental. Esto lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, así como también la Corte Interamericana en el fallo Artavia Murillo. En ese sentido, también es cierto que va variando la

<sup>48</sup> Tobías, José W., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, La Ley 2081, Tomo I, p. 388

protección jurídica de acuerdo a cómo avanza la vida en términos incrementales”.

Igualmente, la Secretaria Legal y Técnica, Vilma Ibarra, sostuvo el 14-12-2020 ante las comisiones de Senado: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano máximo para interpretar la propia Convención Americana, ha dejado establecido que la legalización del aborto no contradice su letra. Y en el año 2012, el famoso fallo Artavia Murillo, que era a causa de una fecundación in vitro y en contra del estado de Costa Rica, aclararon que la expresión “protección en general” significaba, por un lado, que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental y que se había incorporado precisamente para todos aquellos países, que son muchos, que van legalizando la interrupción voluntaria del embarazo”.

Se trata de un argumento jurídicamente inconsistente. Artavia Murillo no es un cheque en blanco. Es un fallo contra Costa Rica que no se refiere al aborto, sino a la prohibición completa de la fecundación in vitro. No pueden extrapolarse las consideraciones de ese caso a un problema mucho más complejo como el aborto. Entre muchos argumentos, como que el contexto de Costa Rica es distinto al de Argentina, es decisivo leer el texto de la misma sentencia en que la Corte IDH expresamente afirma: “en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, 28-11-2012, considerando 135). Como todo órgano judicial, la deliberación de la Corte estuvo circunscripta a los hechos concretos del caso y a las pruebas relacionadas con esos hechos. Un tribunal no tiene las capacidades deliberativas ni las atribuciones que son propias de un parlamento. En concreto, Artavia hace referencias indirectas al aborto, que no integran la ratio de la sentencia, y no cambió nada de la protección legal que surge de la Convención Americana de DDHH en este punto.

Algunos planteos sobre “Artavia Murillo” fueron particularmente falaces. Por ejemplo, Ricardo Gil Lavedra en su intervención del 15-12-2020 ante las comisiones de Senado sostuvo que “la Corte Interamericana, en el conocido caso de Artavia Murillo, dijo claramente que un embrión no es una persona; y el no nacido tampoco es un ser humano”. Esto es completamente inexacto, pues en “Artavia” la Corte IDH reconoce que con la concepción comienza la existencia de la persona. El problema que se discutía en “Artavia” se limitaba a interpretar si concepción equivale a fecundación o a implantación. Más allá de las críticas que merece la sentencia en tanto equipara concepción con implantación, desde ese momento no cabe duda que estamos ante una persona.

Por otra parte, tengamos en cuenta que la CIDH condena a Costa Rica porque consideró que la prohibición de la fecundación in vitro violaba derechos humanos. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro (26862), más allá de las críticas que tal ley nos merece.

Además, hay que advertir que Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la CIDH, y por tanto el fallo no puede considerarse vinculante para el país, dado que de acuerdo al artículo 68.1. de la

Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes<sup>49</sup>.

Otro argumento importante sobre el tema de "Artavia Murillo" fue señalado en su exposición en 2018 por el Dr. Sagüés afirmó: "En Artavia Murillo, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos define a la protección de la persona por nacer como algo gradual e incremental. Esto es una invención de la Corte Interamericana. No surge del documento de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero, además, esta declaración o esta sentencia no indica que el aborto puramente discrecional, libre, sin causa, decidido por la mujer sea una alternativa permitida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, no dice eso la sentencia de la Corte Interamericana en el caso que mencionamos" (Nestor Sagües, 11/07/2018). Y en su intervención ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020 Sagüés volvió sobre el tema: "En el ámbito regional latinoamericano ya lo tenemos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conviene subrayar que este tribunal en ningún caso ha justificado el aborto discrecional o libre por parte de la madre. En ninguna sentencia u opinión consultiva ha avalado tal derecho. Por lo demás, también el sistema regional interamericano de derechos humanos puede fortalecer y enriquecer al sistema derivado de Naciones Unidas. En este caso resulta notorio el hecho de que el Pacto de San José de Costa Rica ha fortalecido el derecho a la vida del sujeto más vulnerable del mundo: la persona por nacer".

Una estudiosa de la Corte Interamericana, la prof. Ligia Castaldi, ha dicho sobre Artavia Murillo que la interpretación de "Artavia" tampoco fue ratificada posteriormente en la sentencia del caso Gomez Murillo ni en las medidas provisionales concedidas por la Corte en el caso Beatriz, lo cual indica que el *dictum* sobre aborto en la sentencia Artavia no ha creado constancia alguna en la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Además, según explica Castaldi, la sentencia misma titula la sección sobre la vida de la persona por nacer como "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso", lo cual claramente indica que la interpretación aplica únicamente para el caso contra Costa Rica (Véase Artavia Murillo v. Costa Rica, pág. 2, 49 (c)). También es importante agregar que el Juez García Sayán, en su voto concurrente, confirmó el valor limitado de esa interpretación al afirmar que: "la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma [artículo 4.1] para efectos de este caso" (Voto Concurrente García-Sayán, parr. 8)<sup>50</sup>.

También el Juez Vio Grossi señaló, en su voto disidente en el caso Gomez Murillo, que "la sentencia que la Corte emite es obligatoria solo para el Estado parte del caso de que se trate y respecto de lo que el mismo verse, pudiendo,

---

<sup>49</sup> El tema de los alcances del fallo "Artavia Murillo" fue muy bien tratado por el juez Renato Rabbi-Baldi Cabanillas en la sentencia de la Cámara Federal de Salta del 8 de julio de 2013 en el expediente "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo". Ver también Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, 2016, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 111-118.

<sup>50</sup> Agradezco a la prof. Castaldi estas ideas que me enviara por mail particular durante el debate de la ley de aborto en 2020. Ver su trabajo Ligia M. De Jesus, "The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights," *Oregon Review of International Law* 16 (2014): 225-48.

por ende, otro fallo pronunciarse en un sentido diferente” (Caso Gómez Murillo y otros v. Costa Rica (Voto Disidente Vio Grossi), pág. 1.).

Además, es importante señalar que en “Artavia Murillo” la Corte Interamericana relativiza el derecho a la vida, en contradicción con sus propias sentencias anteriores y con la lógica misma de este derecho, que no admite grados ni visiones restrictivas<sup>51</sup>. Como dice Nasazzi, en “Artavia” la Corte desconoce la dignidad ontológica de la persona humana desde la concepción hasta la muerte natural conforme el derecho natural<sup>52</sup>.

Jorge Scala responde a quienes arguyen que en “Artavia Murillo” la Corte Interamericana habría hecho una interpretación evolutiva de la Convención Americana y explica: “con la excusa de una interpretación “evolutiva”, el fallo de la Corte IDH ha traspasado los dos límites infranqueables para dicho principio hermenéutico: a) le hace decir lo contrario de lo afirmado (no toda persona tendría derecho a la vida; puesto que no lo tendría el embrión preimplantado, y a la postre tampoco la persona por nacer, puesto que el art. 4.1 de la CADH protegería a la mujer embarazada y no al embrión) y b) porque dejó inoperante al aniquilar la tutela de la vida de todo ser humano desde la concepción, es decir, desde el comienzo de su vida”<sup>53</sup>.

María Laura Farfán explica que “‘Artavia Murillo’ no es válido como pauta de interpretación en el debate sobre la legalización del aborto, en razón de que: (a) se trata de plataformas fácticas diferentes, (b) no existe jurisprudencia uniforme en la Corte IDH” y que “la Argentina está obligada a cumplir con el texto expreso de la CADH el cual: (a) prevé un deber internacional de proteger la vida, (b) no prevé un deber internacional de legalizar el aborto”<sup>54</sup>.

En cuanto al alcance de la expresión “en general”, son importantes los estudios de Ricardo Bach de Chazal sobre los antecedentes de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación del art. 4.1. sobre el derecho a la vida, llegando a la siguiente conclusión: “se pretendió acuñar una fórmula de carácter general y de suficiente amplitud como para cobijar el derecho a la vida de “todo ser humano”, de modo que ningún supuesto pudiera quedar fuera de una enumeración casuista, lo cual -evidentemente- también tutela a las personas por nacer desde el primer instante de su existencia”<sup>55</sup>.

Otro aspecto a considerar fue aportado por Toller, quien hizo una importante distinción en lo que concierne a la incrementalidad: “En Derecho, uno estudia, en primer año, Derecho Civil: persona, acto jurídico; Derecho Civil I. Se estudia la personalidad jurídica y la capacidad. Lo que tiene incrementalidad es la capacidad de la persona, desde un incapaz absoluto de hecho hasta un

---

<sup>51</sup> Herrera, Daniel A. Lafferriere, Jorge Nicolás, “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, *La Ley*, Sup. Const. 2013 (abril), 09/04/2013, 16 - LA LEY2013-B.

<sup>52</sup> Nasazzi Ruano, Fernando José, “Hermenéutica jurídica y la reinención del concepto de persona en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Derecho - Diario*, Tomo 260, 512, 07-11-2014, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-878.

<sup>53</sup> Scala, Jorge, “¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *El Derecho - Política Criminal*, Tomo 252, 1018, 23-05-2013, Cita Digital: ED-DCCLXXIII-866.

<sup>54</sup> Farfán, María Laura, “El caso “Artavia Murillo c. Costa Rica” a la luz de la teoría del control de convencionalidad. A propósito del debate sobre la legalización del aborto en la Argentina”, *Jurisprudencia Argentina*, 14/11/2018, p. 47 (JA 2018-IV, AR/DOC/3470/2018).

<sup>55</sup> Bach de Chazal, Ricardo, “‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’. Un revés para el derecho”, *ED*, 29/05/2013, nro 13.248

capaz absoluto de hecho y de derecho. Hay distintas gradaciones de acuerdo con el Derecho Civil. Ahora, la personalidad jurídica –artículo 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos– es única: o se tiene personalidad jurídica o uno es un muerto civil. No hay algo intermedio” (exposición ante las comisiones del Senado, 17-12-2020). Como sostuvo María Inés Franck en la reunión de comisiones del Senado el 15-12-2020 sobre las especiales características del derecho a la vida: “Todo lo demás puede acompañarse, compensarse e, incluso, sanarse con la cercanía y la solidaridad de la comunidad y del Estado. La pérdida de la vida, no. No admite grados, no admite regulación: se tiene o no se tiene”.

Por su parte, Pitrau sostuvo que “el art. 19 del nuevo código es posterior al Fallo “Artavia Murillo” por lo que el valor de pauta moral de interpretación que pudiera tener, cede frente a un texto expreso donde el legislador persiste en la definición realizada por el texto de la Convención Americana que se ha incorporado a la Constitución Nacional y que establece que la vida debe respetarse desde el momento de la concepción”<sup>56</sup>.

En síntesis, podemos concluir:

- la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que el derecho a la vida será protegido desde la concepción;
- la expresión “en general”, que ha dado lugar a un intenso debate, no puede interpretarse como legitimadora de una legalización del aborto, pues supondría tornar en letra muerta el contenido del artículo 4 de la Convención;
- la sentencia “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para Costa Rica por disposición del art. 68.1 de la Convención;
- “Artavia Murillo” se refiere a un problema de fecundación in vitro y no tiene referencias más que indirectas al aborto, que no constituyen la ratio de la sentencia;
- en “Artavia” la Corte reconoce que la existencia de la persona comienza en la concepción, aunque sosteniendo que ese momento se verificaba en la implantación -posición que criticamos-;
- en el considerando 135 de “Artavia Murillo” la propia Corte aclara que esa sentencia se concentra en los problemas vinculados con la resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica referida a la fecundación in vitro;
- la idea de una protección “gradual e incremental” del derecho a la vida no encuentra fundamento en ninguna norma de la Convención;
- la personalidad y el derecho a la vida no admiten gradualidad e incrementalidad, pues supondrían la eliminación de la persona misma;
- la ley de aborto supone un quiebre del art. 4 de la Convención en tanto establece que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por estas razones, entendemos que una correcta interpretación del art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos excluye la posibilidad de una legalización del aborto por significar una violación del derecho a la vida de la persona por nacer.

---

<sup>56</sup> Pitrau, Osvaldo F., “La persona concebida no nacida”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 211, Cita Online: AR/DOC/1171/2018.

#### **d.5) La protección penal y el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional**

Otro eje de debate en torno a la discusión de cuándo comienza la existencia de la persona para la Constitución Nacional estuvo dado por la forma de interpretar el art. 75 inciso 23. Este inciso, agregado en la reforma constitucional de 1994, sostiene que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, “desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia”. La cláusula reconoce la existencia del niño en la etapa del embarazo y por tanto, lo reconoce como titular de derechos.

Ahora bien, los partidarios de la ley de aborto tratan de matizar este reconocimiento de la personalidad del por nacer a nivel constitucional. Así, el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados, Soledad Deza se refería a “discursos jurídicos que le hacen decir al derecho lo que el derecho no dice. Por ejemplo, que el artículo 4º protege la vida de forma absoluta, o que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución que protege a la mujer embarazada implica un reconocimiento de la personalidad fetal”.

Una variante de esta interpretación concede que hay un reconocimiento de personalidad pero niega que ese reconocimiento implique una protección penal. Así lo expresó Andrés Gil Domínguez el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados: “El artículo 75 inciso 23 de la Constitución establece solamente una protección de naturaleza social. Esto ha sido debatido y acordado por Rodolfo Barra y Raúl Alfonsín en 1994 cuando se discutió este artículo. Es más, el 19 de agosto de 1994 en el ámbito de la Convención Constituyente hubo un proyecto minoritario que intentó cambiar la redacción del actual artículo 75 inciso 23 bajo el argumento exclusivo y excluyente de que esa redacción permitía que el Congreso sancionara un proyecto de ley en los términos en que hoy se está debatiendo. Desde ese punto de vista, tampoco hay una objeción de índole constitucional para la sanción del presente proyecto. Es más, lo que hace el artículo 75 inciso 23 es fundamentar y garantizar la viabilidad del proyecto del 2010, el cual –junto con el artículo 6º del proyecto de despenalización y legalización del aborto- genera una suerte de consejería voluntaria para la mujer niña y adolescente, en donde el Estado protege y tutela la voluntad y el consentimiento de las mujeres a través de una norma de contenido de tutela y protección social”.

En sentido parecido, la Ministra Gómez Alcorta dijo en la reunión de comisiones del Senado el 14-12-2020: “hay que decir que el artículo 75, inciso 23, establece que, efectivamente, el Estado debe brindar –sobre todo, lo digo para todas las preguntas que puedan llegar a venir de acá en adelante– una protección social durante el embarazo. Efectivamente que el Estado deba llevar adelante medidas de protección no indica –por lo menos todo el plexo normativo internacional y nacional lo aclaran– que esa protección tenga que venir de la mano del derecho penal. El derecho penal es la última ratio para un sistema jurídico, y en este caso está muy claro que, efectivamente, por más que haya vida intrauterina los niveles de protección son incrementales para el sistema jurídico. Así lo han dicho todos los comités de seguimiento de todos los tratados internacionales; así lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación; y así está establecido en nuestro

Código Penal, por lo menos hace 100 años. Hay una diferencia entre la protección jurídica de la vida intrauterina y la protección de la persona nacida”. Y en otro pasaje de esa reunión agregó: “es muy difícil suponer que de esa cláusula del 75, inciso 23, se pueda sacar alguna consecuencia que tienda a pensar que el derecho penal –como dije antes, que es fragmentario, que es ultima ratio– tenga que cumplir una función de prevención de ciertas acciones, que, por lo pronto, además, ya vimos que en algunas causales no sucede así”.

En el mismo sentido se pronunció Osio en el Senado el 15-12-2020: “cuando ese artículo 75, inciso 23), se refiere a la protección de la vida, lo hace solo en términos de seguridad social”.

Ante estas afirmaciones, cabe señalar que no es correcta la distinción entre una protección de seguridad social y una protección penal. En primer lugar, la protección de la seguridad social se reconoce a una persona y ello supone que es titular de todos los derechos, incluido el derecho a la vida. Por otra parte, es muy contradictorio sostener que hay derecho a protección de la seguridad social pero a renglón seguido impulsar una ley que permite eliminar a la persona que sería titular de esa protección. Como bien sostiene Arias de Ronchietto: “el bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación. La estrategia de ‘despenalizar el aborto’ es la de dividir para mermar y reinar”<sup>57</sup>.

Respecto a la necesidad de una protección penal, resulta oportuno recordar lo que sostuvo Carlos Mahiques en su voto en un fallo del año 2006 relacionado con un caso de aborto en la Provincia de Buenos Aires: “...en un estado de derecho la definición de las conductas penalmente relevantes se encuentra gobernada por los principios de ultima ratio y lesividad, en cuya virtud sólo pueden sancionarse penalmente aquellas acciones u omisiones que afecten, al menos potencialmente, al bien jurídico protegido. Es en razón de aquellos imperativos que no basta la mera contradicción formal de la actuación con los términos contenidos en la norma de prohibición porque la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental inherente a la concepción de esta rama jurídica en el marco del estado de Derecho. Tanto más, cuando de esta manera se asegura la vigencia del principio de proporcionalidad ya que la intervención punitiva no habrá de resultar proporcionada si no se la justifica por la necesidad de protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida en común, y con el objeto de evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Arias De Ronchietto, Catalina E., “El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible”, *El Derecho*, n. 12.024, 9 de junio de 2008, p. 1.

<sup>58</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa Ac. 98.830, “R., L.M. , ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’”, 31/7/2006.

Entiendo que la legislación penal tiene una lógica interna que está articulada en torno a los distintos bienes jurídicos y sus respectivas importancias. No es lo mismo la propiedad que la vida; no es lo mismo la confidencialidad que la propiedad, así como tampoco es lo mismo la salud pública que la propiedad. Hay distintos bienes jurídicos que expresan una política de tutela y en el centro de ellos está la vida humana y la vida de las personas. De hecho, el Código Penal arranca su parte especial tipificando los delitos contra las personas y, específicamente, los delitos contra la vida. Justamente, en esa sección está ubicado el delito de aborto, allí continuará estando, tal como está regulado en la ley sancionada. No podemos pensar que la vida -que es un bien jurídico central y que tiene toda esta importancia- va a quedar solo protegida por una protección social socialmente. Esto sería de una ingenuidad enorme. Es indudable la importancia que tiene la figura penal.

### **e) Aborto, derecho a la vida y legítima defensa**

Un argumento que se esgrime a fin de justificar el carácter relativo del derecho a la vida es el referido a la legítima defensa<sup>59</sup>. Por ejemplo, se sostiene: "...no es posible sostener, desde un punto de vista jurídico, que existen derechos que tengan una absoluta preeminencia sobre los demás, ni siquiera el importante derecho a la vida. Pues, es reconocido que en determinadas situaciones se puede privar lícitamente de la vida a otra persona, como es el caso del que actúa en legítima defensa o del que cumple con su deber matando al enemigo en el campo de batalla..."<sup>60</sup>. En el mismo sentido, Guibourg ha dicho: "quien invoca la sacralidad de la vida debería rechazar de plano no sólo la pena de muerte, sino también la guerra y aun la defensa propia; si antepone otros valores, o limita la protección a la inocencia del sujeto, deberá aceptar que la vida no es sagrada por sí misma, o bien que otras circunstancias son tanto o más sagradas que ella. La protección de la vida inocente, a su vez, debería incluir un empeño semejante respecto de los niños en situación de calle (como ahora se dice) y de las víctimas de enfermedades relacionadas con la pobreza"<sup>61</sup>.

El argumento de la legítima defensa o de la guerra resulta improcedente, pues como enseña Tomás de Aquino, "nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno sólo es intencionado y el otro no. Pero los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no, por el contrario, de lo que es ajeno a ella, ya que esto les es accidental, como consta de lo expuesto en lugares anteriores (q. 43 a.3; 1-2 q. 72 a. 1). Ahora bien: del acto de la persona que se defiende a sí misma pueden seguirse dos efectos: uno, la conservación de la propia vida; y otro, la muerte del agresor. Tal acto, en lo que se refiere a la conservación de la propia vida, nada tiene de ilícito, puesto que es natural a todo ser conservar su existencia todo cuanto pueda. Sin embargo, un acto que proviene de buena intención, puede

<sup>59</sup> En este apartado y en el siguiente reproducimos, con las debidas adaptaciones, algunos pasajes del siguiente trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, "La legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida", La Ley DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 34, AR/DOC/1178/2018.

<sup>60</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, prólogo de DANIEL SABSAY, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 1276.

<sup>61</sup> Guibourg, Ricardo A., "El aborto y las escalas de valores", La Ley 18/04/2018, 1, AR/DOC/680/2018

convertirse en ilícito si no es proporcionado al fin. Por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa de mayor violencia que la precisa, este acto será ilícito. Pero si rechaza la agresión moderadamente, será lícita la defensa, pues con arreglo al derecho, es lícito repeler la fuerza con la fuerza, moderando la defensa según las necesidades de la seguridad amenazada<sup>62</sup>.

Pues bien, demostrado que la legítima defensa es un medio de conservar la vida, entonces se advierte la inviolabilidad de la vida humana por nacer, desde el momento que el niño no ejerce ninguna amenaza injusta a la madre, sino que por el contrario es un ser necesitado de su cuidado y protección<sup>63</sup>.

## **f) El aborto y la situación de los embriones concebidos in vitro**

Otros alegan que el hecho de que en nuestro país se practique la fecundación in vitro, que generalmente acarrea la destrucción de embriones humanos, supondría un ejemplo de excepciones al derecho a la vida en el ordenamiento jurídico. Así lo expresa Roberto Gargarella: "la estrategia de 'confusión' (entre vida y persona) es incapaz de dar cuenta de un hecho notable, en nuestro país, entre tantos otros. En la Argentina... se sancionó de modo casi unánime ... una ley de fecundación asistida. Dicha ley fue aplaudida y auspiciada colectivamente, por todos los bloques, y festejada como una celebración de la vida... Ocurre, sin embargo, que los procesos de fertilización asistida, como los de fecundación *in vitro* pueden implicar el uso, congelamiento y descarte masivo de embriones..."<sup>64</sup>.

Este argumento también debe ser rechazado por varias razones.<sup>65</sup> El Código Civil y Comercial sancionado en 2014, luego de un intenso debate que tuvo como eje específicamente al inicio de la vida, reconoce a la persona desde la concepción (art. 19). Además, la ley 26862 de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida excluye el descarte de embriones y no se pronuncia sobre el inicio de la vida. Contempla la posibilidad de que los embriones de una pareja sean dados a otra para su gestación. Es cierto que, con base en el fallo "Artavia Murillo" algunos fallos han decidido "cesar la crioconservación de embriones". Estas decisiones han merecido varias críticas y, en tal sentido, desde quienes trabajamos por la vida humana desde la

---

<sup>62</sup> Tomás De Aquino, *Suma de Teología, Parte II-II*, c. 64, a. 7, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, p. 537. Sobre el tema ver Ugarte Godoy, José Joaquín, *El derecho de la vida. Bioética y Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 131-152.

<sup>63</sup> Sobre el tema de las causales de no punibilidad en el proyecto de Código Penal de 2019, Romero Berdullas explica respecto a la causal salud: "No es posible subsumir esta circunstancia en ninguna de las denominadas modernamente "causas de justificación", pues no cabría la legítima defensa ya que exige una agresión ilegítima; y evidentemente el niño por nacer no constituye un agresor. A su vez, este supuesto no configura un estado de necesidad justificante, pues el bien jurídico salvado debe ser de mayor valor respecto del bien jurídico dañado, tal como se desprende del proyecto y el Código Penal vigente, donde se estatuye la no punibilidad de quien causare un mal para evitar otro mayor e inminente (art. 34, inc. 3º en ambos cuerpos)" (Romero Berdullas, Carlos M., "Lo que sabemos del "aborto" en el anteproyecto de Reforma del Código Penal", DPyC 2018 (octubre), 19/10/2018, 112, Cita Online: AR/DOC/1949/2018).

<sup>64</sup> Gargarella, Roberto, "Juristas contra el aborto", en *Legalización del aborto en la Argentina*. Científicas y científicos aportan al debate, Pecheny, Mario y Herrera, Marisa (compiladores), Ediciones UNGS Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2019, p. 157.

<sup>65</sup> Lafferriere, Jorge Nicolás, "Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina", 2 de abril de 2018, <http://centrodebioetica.org/aborto-fecundacion-in-vitro-y-legislacion-argentina/> (último acceso: 2-2-2021).

concepción hasta la muerte natural, hemos sido coherentes en sostener una clara defensa de la vida de los embriones<sup>66</sup>.

Por cierto, no desconocemos que las técnicas extracorpóreas conllevan la pérdida de embriones humanos y otros problemas, y en diversas ocasiones hemos sido críticos con esta situación. En todo caso, quienes argumentan en contra de la personalidad del embrión por el hecho de que serían destruidos de manera sistemática, no explican cuándo comienza la vida y, en el fondo, asumen una posición que considera a la vida como mero material biológico disponible. Entendemos que la discusión sobre el aborto debe centrarse en un respeto profundo por toda vida, comenzando por la de las madres vulnerables y sus hijos por nacer.

---

<sup>66</sup> Lafferriere, Jorge Nicolás, "Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año XI, Número 07, Agosto 2019, p. 143-151, Cita Online: AR/DOC/1867/2019.

**Art. 4º – Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14) inclusive, del proceso gestacional.**

**Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:**

- a. Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.  
En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.**
- b. Si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante.**

#### **a) Aborto a demanda en las primeras 14 semanas de embarazo**

Luego de referirse en forma genérica al aborto como derecho en los arts. 1 y 2, la ley 27610 precisa los alcances del aborto legalizado en el art. 4. Este artículo debe ser leído en concordancia con la nueva redacción de los artículos 85 a 88 del Código Penal, en especial el art. 86 CP. En tal sentido, junto con la despenalización del aborto hasta la semana 14 inclusive, en el art. 4 se afirma que el aborto es un derecho de la madre. Y junto con la definición como “no punibles” de los abortos realizados por la causal “violación” o cuando estuviere en peligro la vida o la salud de la madre, se establece como pretendido derecho la decisión y el acceso al aborto en esos casos.

Se advierte entonces que la ley 27610 no se limita a despenalizar el aborto, sino que propone la creación de un nuevo “derecho” a decidir y acceder al aborto.

Al respecto, además de la afectación del derecho a la vida que analizaremos a continuación, como señalamos en el comentario al art. 21 de esta ley, subyace en esta pretensión un problema vinculado con la distribución de competencias entre la Nación y las provincias, ya que el Congreso puede dictar normas de modificación del Código Penal, pero las normas referidas a salud y educación deben contar con la adhesión de las provincias a través de sus legislaturas.

En cuanto a la forma en que se realizará el aborto, la ley no dispone nada y recurre el eufemismo “interrupción voluntaria del embarazo” para esconder la realidad de que se está buscando deliberadamente acabar con la vida en gestación. Este tema seguramente será objeto de detalle a través de la reglamentación.

#### **b) Sobre el plazo de 14 semanas**

El proyecto 2008 disponía: “Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional”. (art. 1). Esta redacción se mantuvo sin cambios en la versión 2010, 2012 y 2014. En 2016, se propuso lo siguiente: “En ejercicio del derecho humano a la salud, toda mujer tiene derecho a decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo durante las primeras catorce

semanas del proceso gestacional” (art. 1). Esta redacción se repitió en 2018 y en 2020.

En su exposición ante las comisiones de Senado el 14-12-2020, el ministro González García respondió a la pregunta sobre por qué habían elegido la semana 14: “¿Por qué la semana 14? En realidad, hay un gran rango de hasta dónde llegan las distintas legislaciones, las cuales, obviamente, uno trabaja y mira comparativamente. La mayoría están entre la semana 12 y la semana 14. Pero hay legislaciones mucho más extensas. Técnicamente, habitualmente los procedimientos de índole médica –como le dije antes– para producir la interrupción legal del embarazo se hacen, en un 90 por ciento, antes de terminado el tercer mes. Pero queda un 10 por ciento, que es el que intentamos con esta semana no 12 sino 14, que, justamente, son los más vulnerables. Siempre las más vulnerables son las que llegan tarde porque no tenían información; porque, dada la circunstancia, no tenían educación; porque las familias no las acompañaban. Entonces, esta es una ventana para cubrir un poco más a ese grupo tan vulnerable. Esa es la razón de la semana 14”.

Al respecto, se advierte la arbitrariedad del límite de la semana 14 para el aborto a demanda. En efecto, como explicamos en el comentario al art. 2, desde el instante de la fecundación se forma un organismo vivo individual que constituye un ser humano y que a lo largo de su crecimiento prenatal no sufre ningún cambio sustancial que justifique la consideración de un status jurídico distinto. Es el mismo ser que, desde la formación del cuerpo, va desarrollándose en forma continua, autónoma, ininterrumpida y perfectamente coordinada.

Por otra parte, el plazo de la semana 14 tiene implicaciones graves en materia de aborto de personas con discapacidad. En efecto, dado que a partir de la semana 9 comienzan a estar disponibles estudios de diagnóstico prenatal que pueden detectar distintas condiciones de la persona por nacer, la ampliación del plazo para abortar genera condiciones jurídicas que facilitan ese aborto, que tiene una finalidad eugenésica y conduce a una inaceptable discriminación de las personas con discapacidad. Volveremos sobre el punto luego en este mismo comentario al art. 4.

### **c) Inconstitucionalidad de la ley por violación del derecho a la vida**

En el comentario a los artículos anteriores hemos profundizado las razones que sostienen la inexistencia de un derecho al aborto y la obligación jurídica que pesa sobre el Estado Argentino de proteger el derecho a la vida humana de toda persona desde la concepción. En este apartado, recapitulamos las razones que nos llevan a sostener la inconstitucionalidad de la ley de despenalización y legalización del aborto por violar el derecho a la vida.

Comenzamos transcribiendo un importante pasaje de la intervención de Néstor Sagüés el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados: “Considero que el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo nacional parte de una negación que tiene dos variables. La negación es hacia la persona por nacer. Es increíble que en un proyecto de interrupción voluntaria del embarazo no se aluda ni siquiera una vez a la persona por nacer, al sujeto que se está gestando, y no se mencione en nada un derecho del mismo. Esa negación parte de dos subnegaciones. La primera es negarlo como persona. La segunda es negarle el derecho a la vida. En realidad, hay que tener coraje

para negar la condición de persona al sujeto por nacer. Hay que tener coraje, atento los claros términos del artículo 19 del Código Civil. Hay que tener coraje, atento los claros términos del artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, que habla de la protección de la persona desde el momento de la concepción. Hay que tener coraje para decir que ese sujeto no es persona o no es niño cuando la ley 23.849 así lo define explícitamente. Esa actitud negativa, ese rechazo, se funda en una malversación de estas normas, entendiendo que los derechos de las personas por nacer en el Pacto de San José de Costa Rica son graduales e instrumentales, por lo cual se subordina la condición de persona reconocida por el pacto a lo que disponga una ley. Es increíble que se discuta la calificación de niños de acuerdo con la ley 23.849 diciendo que es una mera norma interpretativa. Y si lo fuera, ¿qué pasaría? Es una norma interpretativa con vigor legal. La segunda negación es la de rechazar el derecho a la vida de esa persona por nacer. Un derecho que surge de instrumentos internacionales como el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que alude a la especial protección que debe tener esa persona antes y después del parto. Es un derecho que también emerge expresamente del artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos cuando afirma, en términos categóricos, que tiene derecho a la vida y que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente. Vemos cómo se tergiversan estos conceptos negando vigor al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño como si fuera un mero adorno. Finalmente, se desvirtúan algunos conceptos, reduciendo la protección legal que es un deber para los Estados respecto a la persona por nacer, con el argumento de que se trata de algo sometido a lo que diga una ley de aborto, como lo especificó -en su deplorable dictamen de 1981- la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de un dictamen o informe que, aclaremos, no tiene vigor de ley ni tiene vigor de sentencia. En definitiva, vamos a la última parte de lo que quería comentar y donde culmina la negación de los derechos a la vida y los derechos a la personalidad jurídica del feto. Es la instalación de que existe un derecho a matar por parte de la madre con respecto a la persona que está gestando, durante las primeras 14 semanas del embarazo. Según el proyecto del Poder Ejecutivo, ese derecho está sometido a la autonomía de la voluntad, de tal modo que depende discrecionalmente de la voluntad de la madre ejecutarlo o no. Señoras y señores: no hay ninguna convención que claramente enuncie el derecho de la madre de privar al sujeto que está engendrando del derecho a la vida. Tendrá el derecho a espaciar y a regular los nacimientos, pero es una aberración jurídica que ese derecho a regular los nacimientos involucre el derecho a la muerte”.

Sintetizando las razones para señalar la inconstitucionalidad de la ley podemos decir:

- Por disposición del art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todo ser humano es persona y no podría haber seres humanos que no sean personas.
- Por el juego del art. 75 inciso 23 de la Constitución, el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño en los términos de la declaración interpretativa condicional formulada por la República Argentina por ley 23849, constitucionalmente se considera que la existencia de la persona humana se produce en el momento de la concepción.

- La persona desde la concepción goza del derecho a la vida en los términos previstos por el art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el art. 6 de la Convención sobre los derechos del Niño.
- El aborto supone la privación deliberada del derecho a la vida de la persona por nacer y, por tanto, su despenalización o legalización supone una inconstitucionalidad.

#### **d) La existencia de causales de despenalización desde 1921**

Un argumento que han esgrimido los defensores de la ley de aborto para rechazar el planteo de inconstitucionalidad refiere al hecho de que existen desde 1921 causales de despenalización del aborto y que no fueron declaradas inconstitucionales. El 2-12-2020 sostuvo Andrés Gil Domínguez ante las comisiones de Diputados: "Ahora bien, si no hay objeciones desde el punto de vista constitucional ni convencional, tenemos que reflexionar que desde 1921 en la Argentina el aborto está despenalizado en tres supuestos: vida, salud y libertad sexual. Desde 1921 no hubo ninguna declaración de inconstitucionalidad; desde 1994 no ha habido ninguna declaración de inconvencionalidad". Para Gil Domínguez, "si bien esta norma regula estos derechos, la base de estos derechos es la autonomía de la mujer". Y continúa: "si en estos casos se resguarda la autonomía de la mujer y de la persona con capacidad para gestar y no hay interdicciones constitucionales ni convencionales, ¿por qué en este caso sí? Porque en este caso lo que se está castigando penalmente es la capacidad que tiene una mujer, después de haber gozado sexualmente -en términos lacanianos-, de decidir si quiere continuar o no con el embarazo. Lo que se está castigando penalmente es que una mujer quiera seguir con su posición de mujer y no transformarse en posición de madre. En realidad, se está castigando el goce de la mujer a través de la apropiación estatal del cuerpo de las mujeres y de las personas gestantes".

También la Ministra Gómez Alcorta se refirió al tema en su exposición ante las comisiones de Senado el 14-12-2020: "que haya vida en el embrión no significa que esa vida tenga el mismo nivel de protección estatal a lo largo de su proceso. Hay una potencialidad en esa vida y en esa protección. Lo ha dicho clarísimo -como dijo la secretaria de Legal y Técnica- la Corte Interamericana en el caso "Artavia Murillo". Hay un derecho incremental. Y lo voy a llevar un segundo al derecho penal para que se entienda, porque ustedes podrían decir que el aborto está dentro del capítulo de los delitos contra la vida. Sí, efectivamente está. Ahora, no tiene la misma protección jurídica la vida de la persona nacida que la vida intrauterina. Por eso, es distinta la penalización que existe para un homicidio y para un aborto. Por eso, no está penado, por ejemplo, un aborto culposo y sí lo está un homicidio culposo. Por eso, no está penado unas lesiones culposas al feto y sí lo están a la persona nacida".

El argumento fue abordado y refutado por los Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Católicas en su declaración conjunta. Allí afirman: "... se argumenta que el Código Penal vigente aprobado en 1921 no entra en contradicción con la Convención sobre los Derechos del Niño cuando admite

dos causales de inimputabilidad para el delito de aborto (art. 86, inc. 1° y 2°). Al respecto, y desde la más elemental congruencia jurídica, si la Convención sobre los Derechos del Niño debe entenderse en las “condiciones de su vigencia” para la Argentina, - tal como ha sido ratificada según su declaración interpretativa - no solamente resulta inadmisibles toda ampliación de las excusas absolutorias del Código Penal por vía interpretativa judicial o doctrinal, sino que aún las vigentes debieran ser derogadas por entrar en colisión con la Convención, norma superior a dicho Código. Solamente podría admitirse la causal de inimputabilidad cuando se produzca el aborto de manera indirecta y no intencional al pretender salvar la vida de la madre; lo que se denomina “el doble efecto”<sup>67</sup>.

Sobre el argumento que señala que nunca hubo una declaración de inconstitucionalidad también puede señalarse que tampoco hubo ningún precedente que rechazase un planteo de inconstitucionalidad y ello demuestra simplemente que no hubo planteos sobre el tema, pero no agota el fondo del asunto.

Al respecto, podemos citar el voto en minoría del juez Pettigiani en la causa causa Ac. 98.830, “R., L.M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” resuelta por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el 31 de julio de 2006: “Del juego armónico de las normas consagradas con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 C.N. (particularmente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. I-, Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3-, Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica -art. 4-, Convención sobre los Derechos del Niño -art. 6-), que se integran y complementan entre sí revistiendo supremacía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, surge prístina la derogación de toda norma infraconstitucional que directa o indirectamente, expresa o tácitamente se le oponga. Queda así desplazada por su manifiesto antagonismo con las normas constitucionales la aplicación del art. 86 inc. 2 del Código Penal, máxime atendiendo a la secuencia temporal de sanción de las normas”.

Entiendo que esos casos previstos en el Código Penal anterior constituían supuestos de incoherencia de la legislación positiva con los preceptos constitucionales antes citados y con sus fundamentos<sup>68</sup>. Especialmente luego de la reforma de 1994 nos encontrábamos ante una “inconstitucionalidad sobreviniente”, en tanto las disposiciones del Código Penal dejan sin el adecuado resguardo jurídico al derecho a la vida de la persona por nacer. Me remito a lo dicho sobre la necesidad de una tutela propiamente penal de la vida de la persona por nacer.

### **e) Discriminación entre personas deseadas y no deseadas**

Dentro del análisis de la ley de legalización del aborto, llama la atención de manera evidente la flagrante discriminación que se genera, luego de esta ley,

<sup>67</sup> Declaración de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Católicas, “Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar”, 20/11/2020, disponible en <http://uca.edu.ar/es/noticias/ante-el-aborto-como-politica-pública-del-delito-de-aborto-al-derecho-a-abortar> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>68</sup> Ver Yurman, Pablo, “Problemas constitucionales en torno a las figuras de abortos no punibles del Código Penal”, El Derecho, 22-09-2008, Cita Digital: ED-DCCLXX-377

entre seres humanos. Como sostuvo Gelli el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados, “el problema es la dignidad humana, el problema es la igualdad de todos: los nacidos y los no nacidos. Creo que ese es el problema que está en los tratados de derechos humanos. Reitero que los tratados de derechos humanos que suscribe nuestro país tienen jerarquía en nuestro sistema jurídico”.

En efecto, luego de la aprobación de las leyes 27610 y 27611, la misma realidad biológica, los seres humanos concebidos por nacer, pueden recibir distintos tratamientos según sean deseados o no. En efecto, partimos del hecho de que el Código Civil y Comercial reconoce que la existencia de la persona humana comienza desde la concepción. Sin embargo, las personas no deseadas podrán ser abortadas sin invocación de causales hasta la semana 14, inclusive, y luego de esa semana y hasta el nacimiento si se verifican las causales previstas en el art. 4 de la ley 27610 y 86 del Código Penal. Todo ello configura una inadmisibles discriminación legal entre niños: algunos tienen derecho a la vida, a recibir alimentos, a recibir ayudas sociales, a ser reconocidos, a su identidad, a recibir atención médica, a heredar, mientras que otros serán descartados por ser “no deseados”.

Como dijo Alejandro Barceló, “el proyecto no amplía derechos como se declama, sino que restringe los derechos de una amplia mayoría de la población, coartando su derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, a la posibilidad de llevar a cabo un proyecto de vida digno en forma propia, violentando la dignidad intrínseca e inalienable que cada ser humano posee, de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos -que, justamente, hace unos pocos días cumplimos un nuevo aniversario de su sanción-, por ser miembros de la familia humana” (exposición ante las comisiones del Senado, 16-12-2020).

#### **f) Sobre la causal “violación”**

En el proyecto de 2008 se disponía: “Fuera del plazo establecido en el art 1º toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos: a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud” (art. 3.a). Esta redacción se mantuvo en 2010, 2012 y 2014. En 2016, recogiendo lo que en su momento había resuelto el fallo “FAL” de la Corte Suprema (13-3-2012), se elimina la referencia a la necesidad de hacer una denuncia. El nuevo texto disponía: “Si el embarazo fuera producto de una violación, con el sólo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de salud interviniente” (art. 3.1). En 2018 se siguió la redacción de 2016. En 2019 se agrega la posibilidad de que esa declaración jurada se realice “ante el/la profesional o personal de salud interviniente” (art. 4.a). Se amplía así la redacción.

El texto finalmente sancionado en 2020 cambia nuevamente la redacción para facilitar aún más el aborto, al poner simplemente que la Declaración Jurada se puede hacer ante el personal de salud. Y agrega la frase referida a los casos de niñas menores de trece (13) años de edad en que la declaración jurada no será requerida, por entenderse que siempre se estará ante una violación.

Al problema del aborto en casos de violación nos hemos referido en otras ocasiones<sup>69</sup>. Al respecto, también en este punto la ley omite medidas para resolver situaciones de sometimiento y abuso que pueden padecer las mujeres que recurren al aborto y tampoco se preocupa de la adopción de medidas orientadas a perseguir penalmente a los responsables de la violación.

Es sabido que la mayor parte de los abusos sexuales, sobre todo a menores de edad, ocurren en los ámbitos intra-familiares o muy cercanos<sup>70</sup>, donde la frecuencia de la agresión es el factor determinante en la generación de un embarazo (sin la repetición sistemática del abuso, las posibilidades de que resulte un embarazo no superan el 15%). En ese sentido, la facilidad en el recurso al aborto sin necesidad de denunciar penalmente al agresor permite una invisibilización y continuación de la violencia sexual.

Esto nos permite concluir que, si lo que se busca es proteger a las mujeres víctimas o potenciales víctimas de abusos, la posibilidad de abortar libremente en estos casos constituye, paradójicamente, un factor más en la espiral de sometimiento y abuso que se pretende cortar. Una política pública que apunte a detener estos delitos deberá enfocarse en una prevención integral e inteligente de las causas que los originan y en la mayor eficacia de la aplicación de las medidas penales correspondientes, así como en el acompañamiento integral de quienes son víctimas.

Al encarar solamente las consecuencias de los actos de violencia, se está renunciando a la posibilidad de solucionar de raíz el problema, además de cercenar una vida humana inocente.

Para concluir este apartado podemos citar el revelador testimonio de la médica De Urraza ante las comisiones del Senado el 16-12-2020: "El Estado lo único que le garantiza a la mujer violada es el aborto. De mi propia experiencia en el hospital afirmo con certeza que existen mujeres que tienen la perimetral, las exparejas las rompen sistemáticamente, las violan sistemáticamente, las golpean sistemáticamente y tienen que abandonar su hogar, con tres o cuatro chicos, para no ser maltratadas. Y si se embarazan, el Estado les hace el aborto, les da dos, tres o cuatro cajas de pastillas anticonceptivas para que por dos, tres o cuatro meses no se embaracen de la violación. Entonces, que usen de manera utilitaria a estas mujeres, como tildes, como porotos, para legalizar el aborto en las clínicas privadas me parece una hipocresía vergonzosa".

### **g) El veto de la palabra "integral" y la causal "salud"**

El decreto 14/2021 en su artículo 1º "observa la palabra "integral" a continuación de la palabra "salud" en el inciso b) del artículo 4º y en el artículo 16, en el inciso 2) del artículo 86 del Código Penal que sustituye, del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 27.610". La observación un mecanismo constitucional que otorga al Poder Ejecutivo la posibilidad de vetar total o

---

<sup>69</sup> Centro de Bioética, Persona y Familia, "Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable", Marzo de 2018, p. 22, disponible en <http://centrodebioetica.org/analisis-del-proyecto-de-ley-de-aborto-libre-y-propuestas-para-la-maternidad-vulnerable/> (último acceso: 2-2-2021).

<sup>70</sup> Cf. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia; "Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos". 2016.

parcialmente el contenido de una ley. La norma entra en vigencia, pero sin las palabras que han sido “observadas”.

El veto de la palabra “integral” se vincula con los abortos que se realicen pasadas las 14 semanas de embarazo. A continuación, podemos ver el texto original y, resaltada, la palabra que ha sido eliminada en la versión final vigente de la ley:

*“Art. 4º — Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14) inclusive, del proceso gestacional.*

*Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:*

*a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.*

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

*b) Si estuviere en peligro la vida o la salud **integral** de la persona gestante.”*

*“Art. 16 — Sustitución del artículo 86 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 86 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:*

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

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

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

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

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

Conforme lo establece la Constitución Nacional, el veto parcial del Poder Ejecutivo debe ser informado al Congreso Nacional, que tiene la potestad de insistir en el texto original de conformidad con lo dispuesto por los arts. 80 y 83 de la Constitución Nacional y lo normado por la ley 26122. El resto del articulado se encuentra vigente porque, según el Poder Ejecutivo, el veto parcial no altera el espíritu ni la unidad del texto sancionado.

## **h) Los fundamentos del veto a la palabra “integral”**

El análisis del Decreto 14-2021 permite advertir una multiplicidad de razones que llevaron a vetar la palabra “integral” como calificativo de “salud” en las causales de abortos no punibles luego de la semana 14 de embarazo (arts. 4 y 16 Ley 27610).

### **h.1) El debate en el Senado**

El primer motivo que se invoca en el Decreto 14-2021 para el veto parcial está vinculado con el debate de la ley en el Senado y los compromisos políticos que tomó el oficialismo, sobre todo por el pedido del senador Weretilneck. En efecto, el primer considerando del Decreto 14-2021 dispone: *"Que la Presidenta de la Banca de la Mujer del SENADO DE LA NACIÓN, en el marco de la sesión especial del 29 de diciembre de 2020, realizó una consideración respecto a la palabra "integral" en el artículo 4º, inciso b) y en el artículo 16, en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal que sustituye, y el PODER EJECUTIVO NACIONAL entiende conveniente observar la palabra "integral" que califica a la salud en las normas indicadas precedentemente"*.

Cuando analizamos la versión taquigráfica de la sesión del Senado del 29-12-2020, la senadora Durango, Presidenta de la Banca de la Mujer, sostuvo: *"Voy a hacer una observación parcial en el artículo 4º, inciso b) y en el artículo 16, respecto del inciso 2) del artículo 86, de la palabra "integral". En el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo nacional se incorpora una pequeña modificación del texto del artículo 86 vigente que establece, en sus incisos 1) y 2), las causales de no punibilidad del aborto para adecuarlos en su redacción de 1921 a los estándares normativos y jurisprudenciales. Con este fin, se incluyó la palabra "integral" luego de "salud". Pero dadas las inquietudes que ha generado esa actualización propuesta en la redacción del inciso 2) del artículo 86, así como la correspondiente redacción del inciso b) del artículo 4º del proyecto, hemos promovido, en consulta con el Poder Ejecutivo nacional, que al momento de la promulgación se observe, parcialmente, el proyecto de ley –en caso de ser sancionado–, a fin de dar claridad al objetivo de la propuesta: mantener las causales de la ILE vigente desde 1921 para que sigan como hasta hoy, y para ello vetar parcialmente la palabra "integral" en el inciso 2) del artículo 86 y en el inciso b) del artículo 4º. Este es un compromiso que asumimos"*.

Las inquietudes a las que se refiere la senadora Durango y el Decreto 14-2021 eran las que había expresado el senador Alberto Weretilneck en la reunión conjunta de comisiones de Banca de la Mujer, Salud y Justicia del día 17 de diciembre de 2020 y que reiteró en el debate en el plenario del Senado el día 29 de diciembre. Al respecto, es bien sabido que el oficialismo no contaba inicialmente con los votos para aprobar la iniciativa en el Senado y estaba realizando negociaciones con los llamados "indecisos". Por eso lo que planteaba Weretilneck era recogido por el oficialismo para asegurarse ese voto en favor de la ley.

En efecto, durante el debate en el plenario, el 29 de diciembre, el senador Weretilneck afirmó: *"Que tiene que haber seguridad jurídica también para quienes lleven adelante las interrupciones, para quienes vayan a aplicar esta ley. Que ningún médico puede ver amenazada ni su libertad ni su carrera ni su matrícula. Tenemos que generar una ley que deje esta tranquilidad y que la podamos aplicar. Por esto ha sido mi posición en la comisión y por esto ha sido lo que hemos transmitido en estos días.... Como hoy anunció la miembro informante y como anunció hoy, también, la senadora Durango, algunos de esos temas, varios, han sido aceptados en la modificación. Esencialmente, el término de "salud integral", que creo que para la ley abría una puerta inmensa, e íbamos a terminar con la inaplicabilidad de esta ley. Todos sabemos lo que significa el concepto de salud integral por la OMS, que es no necesariamente una enfermedad; que la OMS define la salud integral como*

*una cuestión física, psíquica y social. Por lo tanto, esto nos iba a generar, a lo largo del embarazo, una innumerable cantidad de situaciones todas judicializables. Y estoy absolutamente convencido de que iba a transformar a prácticamente la totalidad de los planteles de salud del país en objetores de conciencia. Entonces, creo que la posibilidad del veto del concepto de salud integral aleja todas estas circunstancias y permite tener una ley viable”.*

Previamente, en el debate de las comisiones del 17 de diciembre de 2020 el mismo Wereltineck había dicho: *“Creo que hay un punto que es, sumamente, determinante para esto: el inciso b), del artículo 4°. El artículo 4° dice, claramente, que la interrupción del embarazo se puede dar hasta la semana catorce, inclusive. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, una persona gestante tiene derecho a decidir y a acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: en el caso de las violaciones y, en el del inciso b), que dice: “Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante”. Esto significa que en los casos de violación y de peligro de la vida no hay plazos y que en el caso de la salud integral, tampoco. El problema que tenemos es que en el año 21 se hablaba de salud y se hablaba de la salud como una sola cosa que tenía que ver con la vida. En 2006, la OMS redefinió el concepto de salud y empezó a aplicar el de “salud integral”. Y la salud integral es una cosa muy superior a la salud. La salud integral se compone de las causales psíquica, social y física. La OMS toma, dentro de la salud integral, a la causal social; es decir que la pobreza, la inestabilidad laboral y la imposibilidad de contar con una vivienda son factores de salud integral. Por lo tanto, yo podría interpretar que el no tener un lugar donde vivir en el curso de un embarazo o la pérdida un trabajo en el curso de un embarazo podría ser un motivo de salud integral. Lo mismo digo respecto de una causal psíquica –nadie de nosotras y nosotros está exento de tener un problema psíquico– a lo largo de un embarazo. En consecuencia, un problema psíquico en cualquiera de los meses del embarazo podría ser una causal para la interrupción. Entonces, me parece que ese inciso de este artículo es sumamente amplio y nos llevará a que esta ley termine, indefectiblemente, en todos los tribunales del país y en la Corte Suprema; pero, además, llevará –si esto queda así– a que todos los planteles médicos de todo el país se transformen en objetores de conciencia, pues nadie va a querer arriesgarse a que una mujer que esté cursando un embarazo de seis, siete u ocho meses, por una situación de pobreza extrema, con todo el derecho, llegue a un hospital y plantee la posibilidad de interrumpir el embarazo”<sup>71</sup>.*

La relevancia de lo expresado por Weretilneck se aprecia por lo dicho por un senador del bloque oficialista, el Sr. Parrilli, quien sostuvo en la citada reunión de comisión del 17 de diciembre de 2020: *“Simplemente, me parece que son muy atendibles todos los temas que ha planteado el senador Alberto Weretilneck... Me parece que es muy loable que en el recinto dejemos*

<sup>71</sup> Es significativo que en la reunión de comisiones de Diputados el 1-12-2020, la Secretaria Legal y Técnica de la Nación, Vilma Ibarra, afirmara: *“Creo que no les podemos exigir que se conviertan en héroes y heroínas cuando se encuentran ante continuas situaciones de judicialización, escraches muy violentos y gente que los trata de forma muy horrorosa diciéndoles cosas y calificativos muy agresivos. Incluso, hay gente que extrañamente se hace objetora de conciencia porque no quiere que se le inicie un proceso penal”. Lo sorprendente es que la ley que el Poder Ejecutivo impulsó y logró aprobar justamente impone procesos penales a los médicos ante cualquier problema vinculado con el aborto.*

*planteadas estas inquietudes que el senador expresa. Más allá de que esté o no expresado en el texto, sí debe estar claro el espíritu de la ley, que no es para nada menoscabar el derecho de nadie ni generar ninguna situación de violencia en ninguna persona. Me parece que lo que plantea el senador Weretilneck, por lo menos lo que yo entiendo, es posible que lo dejemos sentado, que lo deje sentado en el recinto cuando se trate como el espíritu de los legisladores”.*

Complementariamente, hay que señalar que en el debate en el plenario del 29-12-2020 la senadora Tapia también se refirió al tema y dijo que el proyecto *“permite y reconoce como derecho el aborto más allá de la semana 14, sin límite de edad gestacional; por lo que podría hacerse la práctica en gestaciones tardías durante los nueve meses. Debemos recordar que luego del quinto mes el feto es viable fuera del útero. Esto se establece en el segundo párrafo del artículo 4º, al no requerirse denuncia en caso de violación y bajo la amplia y ambigua causal de salud integral, que es definida por la OMS como un estado de perfecto bienestar físico, mental y social y no solo la ausencia de enfermedad. Yo me pregunto: ¿quién de nosotros posee tal estado? Ninguno. Por lo tanto, en cualquier circunstancia se podría solicitar un aborto de acuerdo con esa causal”.*

Cabe resaltar, que en la misma reunión de comisiones del 17-12-2020, el Dr. Fernando Toller, expositor invitado, se refirió al tema afirmando: *“¿Qué es salud integral? Es un estado de perfecta armonía; una onda de nirvana tipo OMS, Organización Mundial de la Salud. ¿Qué significa esto? Que según el informe que sacó la provincia de Buenos Aires de los abortos que hizo entre enero y junio de este año, 5.700, el 97 por ciento fueron por una difusa salud. Les digo una cosa: el caso “F.A.L.” no habla nunca de la causal salud, en ningún momento. El caso “F.A.L.”, que está justificando este 97 por ciento de abortos, no habla en ningún momento de salud. Lo pueden ir a ver. Por lo tanto, está muy lejos lo que dice el Código Penal argentino desde hace cien años y que se repite mucho. Porque dice que es salud y vida, que tiene que verlo un médico diplomado –por lo tanto, es salud física– y no puede ser evitado por otros medios”.*

Todos estos elementos son decisivos para interpretar el alcance de la nueva causal “salud” para la no punibilidad del aborto pasada la semana 14.

## **h.2) Mantener las causales ya vigentes en el Código Penal desde 1921**

Sentada las consideraciones de los senadores que llevaron al veto, el Decreto 14-2021 señala un segundo argumento para observar la palabra “integral”: *“Que esta observación tiene como objeto dar claridad al texto del proyecto en su parte pertinente, es decir, mantener las causales de interrupción legal del embarazo tal cual han estado vigentes desde 1921 para que sigan rigiendo del mismo modo a partir de la promulgación de la presente ley, en el marco de los estándares normativos y jurisprudenciales actuales”.*

Nuevamente aquí aparece reforzada la idea de que incorporar la expresión “integral” suponía una situación “no clara”. Y esa falta de claridad tiene que ver con lo que habían debatido los senadores y más concretamente, con el pedido del Senador Weretilneck.

## **h.3) La autosuficiencia del concepto de “salud”**

Finalmente, el decreto 14-2021 completa la fundamentación del veto afirmando:

*"Que, de conformidad con los estándares de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (Constitución de la Organización Mundial de la Salud) y la normativa internacional y local vigente (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 26.657, entre otras), la salud no requiere calificativos para ser comprendida en su concepto.*

*Que, en ese sentido, el agregado de la palabra "integral" no ha aportado claridad en el debate del proyecto de ley en el Congreso.*

*Que la "salud" como concepto es autosuficiente por lo que, a los fines de guardar consistencia normativa y de asegurar que la atención de la salud se realice de acuerdo con los compromisos nacionales e internacionales asumidos para la protección de ese derecho, se propicia eliminar la palabra "integral" por medio de su observación parcial por parte del PODER EJECUTIVO NACIONAL en el inciso b) del artículo 4° y en el artículo 16, en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal que sustituye".*

Vemos aquí que la cuestión de la falta de claridad del término integral se mezcla con la remisión al concepto de salud de la OMS. En realidad, el punto central era otro y el decreto aquí parece querer insistir en el concepto amplio de salud que era motivo de problemas en el debate en Senado.

### **i) Algunas conclusiones provisorias sobre el veto y la causal "salud"**

La eliminación de la palabra "integral" como calificativo de la salud para justificar los abortos pasados la semana 14 es un pequeño retoque en una ley que es gravemente injusta e inconstitucional. Estamos ante un serio problema de hondas repercusiones culturales, por las proyecciones que tiene que la ley haya decidido legitimar la eliminación de personas humanas.

En cuanto al alcance del veto que aquí hemos analizado podemos concluir, provisoriamente:

- Es indudable que el veto tiene como origen el debate en el Senado y lo expresado por el Senador Weretilneck, recogido por la senadora Durango como presidenta de la Comisión Banca de la Mujer que era la cabecera de las comisiones que tuvieron intervención previa.
- El Senador Weretilneck apuntó a limitar los alcances de un derecho a la salud entendido en forma tan amplia que legitimara el aborto a simple demanda luego de la semana 14.
- Tal limitación supondrá considerar únicamente como incluidos en la situación de no punibilidad del nuevo art. 86 del Código Penal los casos en que esté en juego una situación de grave peligro para la salud física y en que sea imposible procurar salvar las dos vidas en razón de no haber medios terapéuticos alternativos (suponiendo que esos casos aun puedan existir en la medicina moderna). Al respecto, Domingo Basso enseña que para que no sea éticamente reprochable el aborto como efecto secundario no deseado es necesario: "1) que la acción de la cual se trata sea una acción en sí misma buena o, por lo menos, indiferente en abstracto, pues siempre será ilícito realizar un acto malo aunque el efecto sobreviniente sea óptimo; 2) que el efecto malo no sea intentado por el agente de igual modo que el bueno o, en otros

términos, que el malo no sea también querido; 3) que el efecto bueno especifique la acción o, por lo menos, no dependa del malo como de su causa inmediata y necesaria; si de la acción se siguiera primeramente el efecto malo y de éste el bueno, los efectos malo y bueno estarían en relación de medio a fin, y nuevamente se procedería por el falso principio de que el fin justifica los medios; debe, por consiguiente, darse simultaneidad en la producción de ambos efectos; 4) que el daño producido por el efecto malo no supere el bien pretendido con esa acción o, en otros términos, para permitir el efecto malo debe darse una causa proporcionalmente grave<sup>72</sup>. Por ello, consideramos que no configuraría el delito de aborto una intervención de médico diplomado que tuviera como finalidad directa la curación de la madre, estando en peligro inminente su vida, y no existiendo otras formas de evitar tal peligro, y se produjere un aborto en forma indirecta<sup>73</sup>.

- El problema que recoge el decreto 14-2021 es el de la falta de claridad que significaba la palabra "integral". Así, deben interpretarse en ese sentido las otras consideraciones que hace el decreto sobre la intención de mantener el sentido de las causales ya vigentes y sobre la remisión a los criterios sobre lo que se considera salud.
- Igualmente, la interpretación de la causal "salud" deberá realizarse en función de criterios sistemáticos, tomando en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad con otras reglas del sistema, como son las propias normas que señalan la protección del derecho a la vida desde la concepción. Así, sería irrazonable que se pretenda abortar por motivos de disfunción social o psicológica.
- Por otra parte, debe tenerse en cuenta que es el Poder Ejecutivo, que redactó el proyecto de ley y lo envió al Congreso, quien ahora decide quitar la palabra que figuraba inicialmente ante la constatación en el Senado de los problemas que suscita, recortando así los alcances del propio texto, en uso de sus atribuciones constitucionales.
- Los principales perjudicados por una duda interpretativa serán, además de las personas por nacer que eventualmente sean abortadas, los profesionales de la salud, incluso los no objetores, que seguirán enfrentando situaciones en que no sabrán a qué atener su conducta.

## **j) El aborto de personas con discapacidad**

A diferencia del proyecto que tuvo media sanción en 2018, la ley 27610 no contempla expresamente el aborto por inviabilidad de vida extrauterina del feto. Tampoco se contempla la legalización del aborto por "malformaciones fetales graves", que figuraba en anteriores proyectos de ley que trató el Congreso Nacional.

Se trata de un reconocimiento de que tales supuestos de aborto configuraban formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Ahora bien, el peligro de eliminación sistemática de personas con discapacidad subsiste

<sup>72</sup> Basso, Domingo, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, Buenos Aires, Depalma, 3ra. ed. ampliada, 1993, ps. 391-392.

<sup>73</sup> Para mayor desarrollo del tema remitimos a nuestro artículo: Lafferriere, Jorge Nicolás, "Reflexiones sobre el llamado "aborto terapéutico", en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2005, Tomo 214, p. 95. Ver también: Romero Berdullas, Carlos M., "Lo que sabemos del "aborto" en el anteproyecto de Reforma del Código Penal", DPyC 2018 (octubre), 19/10/2018, 112, Cita Online: AR/DOC/1949/2018

por la amplitud de la causal “salud” consagrada en el art. 4 y por el plazo de 14 semanas para abortar sin invocación de causales. El problema está latente y subsiste porque en esas primeras 14 semanas de embarazo se realizan estudios de tamizaje y diagnóstico prenatal. La experiencia internacional es contundente en mostrar que la legalización del aborto libre ha dado un impulso a los estudios prenatales que se vuelven rutinarios. El aborto de estas personas alcanza el 90% de los casos detectados<sup>74</sup>.

Aunque en apariencia la ley es neutra, la discriminación ocurre en los hechos por la combinación que se da entre la disponibilidad de estudios prenatales cada vez más accesibles, rápidos, no invasivos y precisos y el aborto legal hasta la semana 14. Se trata, entonces, de una discriminación indirecta por la manera desproporcionada en que la ley, aparentemente neutra, influye en un grupo de personas<sup>75</sup>.

En esa experiencia internacional, con aborto a demanda, se genera una doble presión para el aborto de las personas con discapacidad: hacia los médicos, que ofrecen los estudios de forma sistemática a toda embarazada antes de la semana 14 para evitar cualquier posible acción por daños y perjuicios por la pérdida de la chance de abortar a tiempo al hijo con discapacidad; hacia los padres, por el sistema de salud u otros actores que los impulsan a abortar a sus hijos por la presencia de una discapacidad.

Sobre los fundamentos de las estadísticas de abortos sistemáticos de personas con discapacidad, en un artículo que recoge una amplia encuesta realizada en 18 países de Europa entre 2002 y 2004, referida a 1.300.000 nacimientos, se consigna que se detectaron prenatalmente 68% de los casos de Síndrome de Down, de los cuales 88% terminaron eliminados por aborto y 88% de los casos de defectos del tubo neural, de los cuales el 88% fueron abortados<sup>76</sup>. Según explican en un trabajo Melissa Hill y otros<sup>77</sup>, la tasa del

---

<sup>74</sup> Sobre el tema realicé mi tesis doctoral: Lafferriere, Jorge Nicolás, “Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente”, Buenos Aires, EDUCA, 2011, 832 p.

<sup>75</sup> Viar, Ludmila A., “Aborto selectivo y el problema de la discriminación indirecta de personas con discapacidad”, *El Derecho - Diario*, Tomo 289, 21-12-2020, ED-MII-723.

<sup>76</sup> Boyd, P, Devigan C, Khoshnood B, Loane M, Garne E, Dolk H, and the EUROCAT working group, “Survey of prenatal screening policies in Europe for structural malformations and chromosome anomalies, and their impact on detection and termination rates for neural tube defects and Down’s syndrome”, *BJOG*, 2008; 115; p. 689-696.

<sup>77</sup> Melissa Hill et al., «Has noninvasive prenatal testing impacted termination of pregnancy and live birth rates of infants with Down syndrome?», *Prenatal Diagnosis* 37, n.o 13 (2017): 1281-90, doi:10.1002/pd.5182.

90% de abortos luego de diagnóstico prenatal de Síndrome de Down ha sido señalada en Gran Bretaña<sup>78</sup>, Australia<sup>79</sup>, China<sup>80</sup> y los Países Bajos<sup>81</sup>.

En un estudio publicado por investigadores de la Universidad de Connecticut que comparaba las tasas de nacimientos de niños con Síndrome de Down entre los años 1989 y 2001, se constató que el incremento en estudios prenatales guarda correlación con una significativa reducción en el número de nacimientos con Síndrome de Down, especialmente en las mujeres mayores a 35 años<sup>82</sup>. También influye la recomendación que realizan los consejos profesionales en el sentido de ofrecer necesariamente los estudios de tamizaje prenatal a todas las mujeres embarazadas mayores de 35 años<sup>83</sup>.

Un estudio de revisión sistemática de información publicada entre 1995 y 2011 sostiene que la tasa de aborto luego del diagnóstico de Síndrome de Down en Estados Unidos se ubica entre el 61% y el 93%, con variaciones según edad materna, raza y edad gestacional<sup>84</sup>. Un estudio anterior, ubicaba esa tasa en 92%<sup>85</sup>. Otro estudio publicado en 2013 sobre tendencias en Europa en materia de aborto y detección de trisomías 21, 18 y 13 señala que la prevalencia de estas trisomías se ha incrementado por el aumento de la edad de embarazo materno, pero por el incremento en el uso del tamizaje prenatal y el aborto posterior, la prevalencia de nacidos vivos se ha mantenido constante<sup>86</sup>.

El aborto sistemático de personas con discapacidad será una consecuencia lamentable e ineludible de la sanción de esta ley.

---

<sup>78</sup> Morris JK, Alberman E. Trends in Down's syndrome live births and antenatal diagnoses in England and Wales from 1989 to 2008: Analysis of data from the National Down Syndrome Cytogenetic Register. *BMJ*. 2009;339:b3794 (citado por Hill et al.)

<sup>79</sup> Collins VR, Muggli EE, Riley M, Palma S, Halliday JL. Is Down syndrome a disappearing birth defect? *J Pediatr*. 2008;152:20, 24.e21-24 (citado por Hill et al.). Maxwell S, Bower C, O'Leary P. Impact of prenatal screening and diagnostic testing on trends in Down syndrome births and terminations in Western Australia 1980 to 2013. *Prenat Diagn*. 2015;35:1324-1330. (citado por Hill et al.)

<sup>80</sup> Deng C, Yi L, Mu Y, et al. Recent trends in the birth prevalence of Down syndrome in China: Impact of prenatal diagnosis and subsequent terminations. *Prenat Diagn*. 2015;35:311-318 (citado por Hill et al.).

<sup>81</sup> Verweij EJ, Oepkes D, de Boer MA. Changing attitudes towards termination of pregnancy for trisomy 21 with non-invasive prenatal trisomy testing: A population-based study in Dutch pregnant women. *Prenat Diagn*. 2013;33:397-399 (citado por Hill et al.).

<sup>82</sup> Morris, Bruce, Egan, James, Fang, Yu Ming V., Campbell, Winston, "The relationship between utilization of prenatal care and Down syndrome live births", en *The Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, April 2007, n. 20-4, p. 307-311.

<sup>83</sup> American College Of Obstetricians And Gynecologists (ACOG), "Prenatal Diagnosis of fetal chromosomal abnormalities. Clinical Management guidelines for Obstetrician-Gynecologists", ACOG Practice Bulletin, Number 27, May 2001, p. 4: "Women with singleton pregnancies who will be age 35 years or older at delivery should be offered prenatal diagnosis".

<sup>84</sup> Natoli, Jaime L. et al., "Prenatal diagnosis of Down syndrome: A systematic review of termination rates (1995-2011)", *Prenatal Diagnosis* 32, n.o 2 (2012): 142-53, doi:10.1002/pd.2910.

<sup>85</sup> Mansfield C, Hopfer S, Marteau TM. *Termination rates after prenatal diagnosis of Down syndrome, spina bifida, anencephaly, and Turner and Klinefelter syndromes: a systematic literature review*. European Concerted Action: DADA (Decision-making After the Diagnosis of a fetal Abnormality). *Prenat Diagn* 1999;19(9):808-12.

<sup>86</sup> Maria Loane et al., "Twenty-year trends in the prevalence of Down syndrome and other trisomies in Europe: Impact of maternal age and prenatal screening", *European Journal of Human Genetics* 21, n. 1 (2013): 27-33, doi:10.1038/ejhg.2012.94.

**Art. 5º – Derechos en la atención de la salud.** Toda persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley, y en las Leyes Nros. 26.485, 26.529 y concordantes.

El personal de salud debe garantizar las siguientes condiciones mínimas y derechos en la atención del aborto y postaborto:

**a) Trato digno.** El personal de salud debe observar un trato digno, respetando las convicciones personales y morales de la paciente, para erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.

**b) Privacidad.** Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener y transmitir información y documentación clínica de la paciente debe garantizar la construcción y preservación de un ambiente de confianza entre el personal de salud y las personas que solicitan la atención, y observar el estricto respeto por su intimidad, dignidad humana y autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la confidencialidad; solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8 de la presente ley.

Asimismo, deberá protegerse a la paciente de injerencias ilegítimas por parte de terceros.

En los casos de violación cuyas víctimas fueran niñas o adolescentes, el deber de comunicar la vulneración de derechos previsto en el artículo 30 de la ley No. 26.061 y el deber de formular denuncia penal establecido en el artículo 24, inciso e) de la Ley No. 26.485 en el marco de lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal, deberá cumplirse respetando el derecho a la privacidad y confidencialidad de niñas y adolescentes, su capacidad progresiva e interés superior de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la Ley No. 26.061 y el artículo 26 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, y no deberá obstruir ni dilatar el acceso a los derechos establecidos en la presente ley.

**c) Confidencialidad.** El personal de salud debe crear las condiciones para el resguardo de la confidencialidad y el secreto médico durante todo el proceso de atención y también con posterioridad. Debe informar durante la consulta que la confidencialidad está garantizada y resulta alcanzada por el secreto médico.

La paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manejo de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, deba respetar el derecho a la confidencialidad, salvo expresa autorización escrita de la propia paciente.

**d) Autonomía de la voluntad.** El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos

**reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad.**

**e) Acceso a la información.** El personal de salud debe mantener una escucha activa y respetuosa de las pacientes para expresar libremente sus necesidades y preferencias. La paciente tiene derecho a recibir la información sobre su salud; el derecho a la información incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada.

**Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles.**

**El personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita.**

**f) Calidad.** El personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud. La atención será brindada siguiendo los estándares de calidad, accesibilidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

#### **a) Alcance de la norma**

El art. 5 presenta una redacción que no reconoce antecedentes directos en anteriores proyectos de ley de legalización del aborto y podría considerarse que es el resultado de reformulaciones de artículos como el 11 y 14 del proyecto que fue rechazado por Senado en 2018.

El párrafo que encabeza el artículo vuelve a hacer genérica referencia al derecho al aborto y se ocupa de precisar el plazo máximo para la realización de la práctica. Los proyectos de 2008, 2010, 2012 y 2014 no establecían ningún tiempo máximo para la realización del aborto una vez que se formuló el requerimiento. El plazo máximo de cinco días aparece por primera vez en el texto de 2016 y se repite en las versiones de 2018 y 2019. El proyecto de 2020 subió ese plazo a 10 días corridos desde el requerimiento.

Luego de precisar que el aborto se va a realizar “en los servicios de salud o con su asistencia”, el artículo incluye una serie de derechos que deben garantizarse en el acceso al aborto, a saber: a) Trato digno; b) Privacidad; c) Confidencialidad; d) Autonomía de la voluntad; e) Acceso a la información; f) Calidad.

Sobre la interpretación del art. 5, dijo la Secretaria Legal y Técnica, Vilma Ibarra, en la reunión de comisiones de Diputados el 1-12-2020: “Respecto del planteo del artículo 5º, quiero decir que aquí es muy preciso el artículo, porque dice que el acceso a la información tiene que ser una escucha activa,

respetuosa, para que la paciente pueda recibir la información que requiere sobre su salud, incluye el derecho a no recibir información inadecuada en relación con la solicitada. Esto se entiende claramente de buena fe: cuando una mujer ha tomado la decisión de interrumpir su embarazo y requiere la práctica no está pidiendo información respecto de la opinión religiosa de alguien, y puede ser muy respetable esa religión. Lo es y es muy respetable la decisión de cada uno. Lo que hay que darle es la información adecuada. Esto implica la que pide, la que necesita según su escucha. Si al revés, está diciendo “yo no querría abortar pero no tengo medios para vivir razonablemente”, allí deben decirle que hay un programa precisamente y que no tiene por qué someterse a una práctica de aborto si quiere seguir adelante en su proyecto de maternidad por no tener recursos materiales”.

Como veremos a continuación, la redacción de este artículo presenta algunas inconsistencias e incoherencias con relación a otras normas (como el mismo art. 7 de la ley 27610 que remite a los requisitos del consentimiento informado). Por otra parte, en relación a las declaraciones de Ibarra, hay que señalar que la redacción del artículo muestra una clara opción por la promoción del aborto a toda mujer embarazada, pues según el art. 5.e de la ley el personal de salud y las autoridades públicas “tienen la obligación” de suministrar información sobre el aborto “incluso si no hay una solicitud explícita”.

## **b) ¿Quién realiza el aborto?**

El objeto de la ley es “regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto” (art. 1). En el Mensaje 134 de Elevación del proyecto, se afirma que “el aborto es hoy un problema de salud pública en Argentina, porque la práctica se realiza en la clandestinidad y muchas veces la llevan a cabo personas que carecen de la preparación”.

Ahora bien, en ningún artículo de la ley se establece que el aborto deba ser realizado por un médico. Ni siquiera se dice que deba ser realizado por un “profesional de la salud”. La redacción enfatiza el derecho de la mujer a “decidir y acceder a la interrupción de su embarazo” (art. 4), “en los servicios de salud o con su asistencia” (art. 5). Puede notarse la diferencia con la redacción del art. 14 del proyecto de 2018 que disponía que “La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud”. No encontramos en este caso una norma similar. Lo dijo con claridad Fernando Toller ante las comisiones del Senado el 17-12-2020: “Se elimina la exigencia del médico diplomado en el afán de hacer abortos; se lo amplía a todo el personal de salud, lo que es muy vago. Pero más aún: se permite a cualquiera hacer abortos, aunque ni siquiera sea personal de salud: cualquier persona; no está prohibido”.

En la reunión de comisiones del Senado el 14-12-2020, el senador Mario Fiad le preguntó al Ministro de Salud si la redacción de la ley significaba que cualquier integrante del equipo de salud puede practicar un aborto y el Ministro respondió que no cualquiera puede prescribir y hay que cumplir con la ley: “No va a ser de venta libre. Si no es venta libre, la prescripción es la prescripción y eso no se cambia... la prescripción es solo de quienes están autorizados por ley a prescribir”.

La experiencia de estos últimos años nos ha mostrado los riesgos que tiene la difusión del aborto clandestino, facilitado por pastillas como el misoprostol,

que se entregan incluso por grupos militantes sin ningún tipo de asistencia médica profesional.

Estas consideraciones no significan aceptar algún tipo de legalización del aborto, sino que apuntan a señalar las incoherencias de una ley que dice querer combatir la clandestinidad, pero en el fondo sólo demuestra la voluntad de imponer el aborto a toda costa.

### **c) Deber de denunciar**

En el art. 5 inciso b en el debate en comisión de Diputados se agregó la frase sobre el deber de comunicar la violación a los organismos correspondientes en los casos de víctimas niñas o adolescentes. De esta manera se reconoce lo que está previsto en el Derecho argentino, referido al deber de denunciar los delitos contra la integridad sexual cuando la víctima sea persona menor de edad (artículo 30 de la ley No. 26.061, artículo 24 inciso e de la Ley No. 26.485, artículo 72 del Código Penal). Ninguna de las versiones anteriores hacía referencia a este deber de renunciar. Hay que señalar que este deber aparece en la versión 2019 del Protocolo de abortos no punibles aprobado por Resolución 1-2019 del Ministerio de Salud de la Nación.

Desde 2018 por disposición de la ley 27455, el código penal dispone que los delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es una persona menor de edad son de acción pública (art. 72). De allí que todas las personas que tomen conocimiento de estos hechos, especialmente si son agentes públicos, deben comunicarlos a las autoridades para que se instruya la acción (arts. 9 y 31 Ley 26061). Este punto es tratado en el Protocolo de abortos no punibles de 2019: "Es importante destacar que los delitos contra la integridad sexual de niñas/os y adolescentes (menores de 18 años) son de instancia pública (art.72 del Código Penal). Por lo tanto, una vez realizada la comunicación correspondiente a los organismos de protección de derechos, la intervención tendiente a la protección del/la niño/a o adolescente deberá contemplar también la denuncia penal por la situación de abuso para que se sancione al victimario, referentemente en fiscalías u otros organismos especializados en la temática."

Sin embargo, el agregado al inciso b del art. 5 de la ley 27610 no alcanza a resolver el problema del recurso al aborto en el contexto de abusos sexuales de personas menores de edad, pues se aplica únicamente a los casos en que sea un aborto pasadas las 14 semanas y en el que se invoque la causal de "violación".

Al respecto, a la luz de las normas vigentes, podemos entender que todo caso de embarazo de personas menores de 13 años debe considerarse, en principio, como resultado de una violación, y supone el deber de comunicar a tenor de las normas mencionadas.

### **d) Amenazas al equipo de salud**

La obligación que pesa sobre el personal de la salud de ofrecer el aborto está reforzada por la amenaza de aplicarles sanciones penales, a cuyo fin se crea un nuevo delito que impone pena de prisión de tres meses a un año a quien dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto (nuevo art. 85 bis del Código Penal).

Así, desde que la paciente expresa su voluntad de abortar, cualquier expresión en sentido contrario que haga el profesional de la salud, como

podría ser la de comentarle la existencia de ayudas sociales como las que aprobó la ley 27611, podría ser considerada una forma de violencia contra la mujer en los términos de la ley 26485, según surge de una interpretación del art. 5 de la ley 27610 de aborto cuando señala que se busca “erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres” (art. 5.a), afirmando luego que “las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad” (art. 5.d). También se dice que el derecho a la información de la madre “incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada” (art. 5.c). En un régimen así de ambiguo, un profesional de la salud que quiera realmente ofrecer alternativas queda expuesto a ser sancionado por una autoridad (administrativa o judicial) ideologizada, ante una ley que hace una tipificación tan amplia de las conductas que van a ser sancionadas. Tal autoridad podría usar el texto - ciertamente en forma que sería discriminatoria- para tomar cualquier palabra que contradiga la voluntad de abortar como violencia. Se afecta la libertad de actuación profesional, restringida la posibilidad de ofrecer las consideraciones de corte técnico-médico que necesariamente están implicadas en la relación médico-paciente.

¿Quién determinará qué es lo adecuado o lo inadecuado? ¿Cuándo una consideración médica será axiológica o personal? Cualquier información que provea el personal de la salud que pueda ser interpretada como contrariando la voluntad de abortar, que en condiciones normales formaría parte del consentimiento informado, a tenor del artículo 5° de la ley 27610 podría ser considerada como una forma de violencia contra la mujer, en los términos de la ley 26.485.

Estas presiones están dirigidas hacia los profesionales que no son objetores. Para los objetores también hay amenazas en el artículo sobre la objeción de conciencia, sumadas al hecho de que la forma en que está regulada es restrictiva y violatoria de la libertad de conciencia.

¿Qué libertad tendrá un profesional de la salud que ejerce en medio de tantas amenazas?

### **e) Retaceo de información a la madre**

Un análisis de derecho comparado permite advertir que la redacción sancionada del art. 5 está diseñada para retacear la información que se ofrece a la madre en un sentido unidireccional, siempre orientado al aborto.

En efecto, la ley prohíbe, bajo amenaza de sanción, que se le brinde información “inadecuada” (art. 5.e) o que el personal de salud haga consideraciones “personales” o “axiológicas” (art 5.d). En cambio, la ley uruguaya de 2012 no solo precisa que el aborto se debe realizar en el marco de una consulta médica, algo que no establece la ley en estudio, sino que se ocupa de aclarar que “el equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer ... sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción” (art. 3 Ley 19897/2012). Más clara es la ley italiana 194 de 1978 que en su art. 5 señala que si el aborto está motivado en condiciones económicas, sociales o familiares, el médico debe examinar con la madre y eventualmente con el padre si ella lo

consiente, las posibles soluciones al problema propuesto, y ayudarla a remover la causa que la lleva al aborto, a hacer valer sus derechos laborales y maternales, y promover toda intervención oportuna para sostener a la mujer y ofrecerle toda la ayuda necesaria durante el embarazo y después del parto.

La importancia de la adopción fue señalada por Galli Fiant en 2018: “Se trata, en definitiva, de trabajar por brindar alternativas concretas y seguras para la mujer y para el niño. El trabajo de los órganos administrativos de protección puede comenzar, así, desde la etapa prenatal, aplicando medidas de protección integral que propendan a la salud de la madre y el niño, y a la orientación y asesoramiento de la primera en todo lo que necesite —sea un espacio terapéutico, asistencia económica o legal—. No forzar a la maternidad, sino guiar hacia la Adopción. Los hijos no deseados o no posibles para sus padres biológicos son hijos esperados por sus futuros padres adoptivos”<sup>87</sup>. Vale recordar, durante el debate de aborto de 2018, la propuesta que hicieron Catalina Arias de Ronchietto y Berti García para modificar el Código Civil y Comercial y mejorar la redacción del art. 607 para facilitar la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer<sup>88</sup>. También Julio Gómez formuló una propuesta con una finalidad similar<sup>89</sup>.

La ley argentina no ofrece apoyo psicológico o social a la madre. En cambio, la ley uruguaya establece que “el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable” (art. 3 ley 18987 del año 2012). Además, en la ley uruguaya, el art. 3 dispone que la madre debe “poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso”.

La ley española de aborto (Ley orgánica 2/2010) en el art. 17 cuando regula la información previa que se debe entregar a la madre que solicita el aborto dispone: “recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento...”. También dispone: “En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo”.

<sup>87</sup> Galli Fiant, María Magdalena, “Políticas públicas más humanas”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 152, Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

<sup>88</sup> Arias de Ronchietto, Catalina E., Berti García, María Milagros, “Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 87, Cita Online: AR/DOC/1182/2018.

<sup>89</sup> Gómez, Julio L., “Con motivo de la pretendida legalización del aborto”, DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 157, Cita Online: AR/DOC/1167/2018.

La ley 27610 no se preocupa por prevenir las habituales presiones que enfrentan las madres para abortar. En cambio, el art. 4 de la ley uruguaya señala como deber de los profesionales de la salud el de garantizar “que el proceso de decisión de la mujer permanezca exento de presiones de terceros, sea para continuar o interrumpir el embarazo”.

La ley 27610 se apura a realizar el aborto en apremiantes 10 días corridos y no contempla un plazo mínimo de reflexión para la madre. La ley española 2/10 dispone que la mujer contará con un período de “al menos tres días” entre que recibe la información y que se realiza la intervención (art. 14). Por su parte, en la ley uruguaya se establece que “a partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento” (art. 3).

La ley argentina no se preocupa siquiera de los niños en embarazos ya avanzados. En Italia la ley dispone que cuando existe la posibilidad de vida autónoma del feto, el médico que interviene en el aborto tiene el deber de adoptar todas las medidas idóneas para salvaguardar la vida del feto (art. 7 ley 194).

Por supuesto, tanto la ley 27610, como las leyes citadas de otros países, merecen ser criticadas por legitimar la eliminación de una vida humana, algo que siempre es injusto. Pero el texto sancionado en Argentina se esfuerza en eliminar todo vestigio de la idea de considerar al aborto como último recurso.

#### **f) Exclusión del padre del por nacer y contradicciones con las normas sobre responsabilidad parental**

La redacción del art. 5 excluye, salvo decisión de la madre, cualquier forma de participación del padre del por nacer, quien ni siquiera será informado del aborto que se va a realizar.

Este artículo entra en directa contradicción con todas las normas civiles referidas a la responsabilidad parental. El tema fue abordado en forma muy aguda por Analía Pastore en su intervención ante las comisiones de Diputados el 3-12-2020. Allí señaló Pastore: “Luego de que el art. 19 CCyC establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, en el inc. a) del art. 24 se incluye a la “persona por nacer” entre las “incapaces de ejercicio”, resultando representadas por sus padres de conformidad con lo que dispone el inc. a) del art. 101. No es posible que una de las personas a quien la ley atribuye la responsabilidad de ejercer por representación los derechos de la persona por nacer sea, al mismo tiempo, quien tendrá el derecho absoluto a decidir sobre la vida de su representado. Se generaría un evidente conflicto de intereses entre la madre y su hijo por nacer, privilegiando a la persona gestante y dejando en situación de extrema indefensión y sin representación alguna al niño en gestación”.

Pastore también se refirió a la posibilidad de que el padre haya reconocido a su hijo por nacer, a tenor del art. 574. “El art. 574 permite que el padre reconozca a su hijo por nacer. En la Ciudad de Buenos Aires la inscripción registral de este reconocimiento se encuentra prevista en la Disposición General del Registro Civil Nro. 18/18. No es posible que el padre pueda reconocer a su hijo por nacer pero le esté vedado resguardar la vida del niño.

Se producirá aquí una nueva colisión entre el derecho-deber del padre y el derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo”.

Otra contradicción que señaló Pastore refiere a los alimentos: “El art. 665 le reconoce al hijo por nacer derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada. Esta norma es consistente con el inc. a) del art. 661 CCyC que legitima a la madre para demandar al otro progenitor la prestación alimentaria en representación del hijo. La fuente de esta obligación alimentaria es la responsabilidad parental cuya titularidad se sustenta en el vínculo filial. El ejercicio de este deber-derecho parental se hallaría condicionado por el derecho absoluto de la madre a abortar”.

Ya entrando en las normas referidas al ejercicio de la responsabilidad parental, señaló Pastore que “según lo normado por el art. 646, uno de los deberes parentales es el cuidado del hijo considerando sus necesidades específicas según las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo (art. 646, incs. a) y b) CCyC). El art. 647, por su parte, prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños. Cómo se compatibilizaría este marco protectorio del niño con el derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo”.

En síntesis, para el Código Civil y Comercial desde la concepción comienza la responsabilidad parental que está definida como “*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*” (art. 638 CCC). La legalización del aborto quiebra la lógica de este texto y de las normas concordantes, sin procurar una armonización de todos los intereses en juego y, sobre todo, de la preservación de cada vida.

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

**a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior.**

**b) Atención integral de su salud a lo largo de todo el proceso.**

**c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y accesible a las necesidades de cada persona, científica, actualizada sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la Ley N° 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace.**

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

#### **a) Antecedentes de la norma**

Para entender este artículo hay que rastrear sus antecedentes. En el proyecto 2810-D-2019, que fue presentado por la dip. Donda y otros y que refleja la iniciativa de la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, encontramos el art. 7 que disponía: "Artículo 7: Asesorías. Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debe garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que así lo requieran: a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior. b) Atención de salud integral previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo, que provea un espacio de escucha y contención integral. c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada y laica sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la Ley 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace. La atención y el acompañamiento previstos en este artículo deben basarse en los principios de autonomía, libertad, intimidad y confidencialidad, desde una perspectiva de derechos. Estos servicios en ningún caso podrán ser obligatorios ni condición para la realización de la práctica". El proyecto de 2018 rechazado por Senado traía una norma similar (art. 12) bajo el epígrafe "Consejerías".

#### **b) Alcance de la norma**

Se advierte que en la versión finalmente aprobada por ley 27610 eliminó la expresión "consejerías" o "asesorías". En línea con lo que comentamos en el artículo 5, la redacción pasó de una redacción que afirmaba que se "debe garantizar" esta información a otra en la que simplemente se le pone a disposición la información.

Nuevamente aquí podemos advertir los problemas de técnica legislativa que tiene la ley, pues mientras que aquí estamos sosteniendo que se pondrá a disposición información sobre sobre “el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior” y “la atención integral de su salud a lo largo de todo el proceso”, el artículo 7 remite a las disposiciones sobre consentimiento informado previstas en el art. 59 del CCC y la ley 26529. Así, dado que tanto el inciso a como el inciso b del artículo 6 parecen repetir lo dicho en los artículos 5 y 7 de la ley 27610, queda claro que la novedad del artículo 6 es el tema de la anticoncepción.

El texto del artículo también presenta una ambigüedad interpretativa cuando señala que la información se “pondrá a disposición de las personas gestantes que así lo requieran”. No queda claro si la expresión refiere a quienes requirieron el aborto o a quienes requirieron la información. En todo caso, queda claro que la ley no incorporó consejerías ni asesorías.

**Art. 7º – Consentimiento informado.** Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

**a) Alcance de la norma**

El artículo 7 reproduce casi textualmente el art. 8 del proyecto que fue rechazado por el Senado en 2018. La norma establece la obligatoriedad de recabar el consentimiento de la madre en forma previa a la realización del aborto. Ese consentimiento debe expresarse por escrito. El artículo 7 remite a lo dispuesto por el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.529.

Así, podemos señalar que por el art. 3 de la ley 26529 se entiende por “por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

El art. 5 de la ley 26529 y el art. 59 del CCC refieren a los requisitos del consentimiento informado y presentan una redacción similar en los incisos que son aplicables a la situación que aquí estamos comentando.

Así, leemos en el art. 5 de la ley 26529:

*"ARTICULO 5º – Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

- a) Su estado de salud;*
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;*
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados...".*

Los incisos g y h, tanto del art. 5 ley 26529 como del art. 59 CCC refieren a la situación de rechazo de tratamientos en el contexto del final de la vida y a los cuidados paliativos.

El art. 59 CCC agrega que “nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario”.

El último párrafo del art. 59 CCC que refiere al caso de la persona absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad no sería de aplicación en el supuesto de aborto.

De los incisos transcritos puede advertirse que, para que exista un consentimiento válido, la información que se debe brindar debe ser completa, veraz, accesible y clara. Es particularmente importante enfatizar que según la ley 26529 existe un deber de explicar los “procedimientos alternativos”.

Sobre los riesgos del aborto y sus molestias y efectos adversos posibles hay un intenso debate académico, que excede el alcance de este comentario.

### **b) Una valoración del texto**

La lectura integral de la ley deja en evidencia contradicciones entre el artículo 5, con sus amenazas al personal de salud si brinda información “inadecuada” o si hace valoraciones “personales” o “axiológicas”, y el art. 7 que remite a las normas usuales sobre consentimiento informado, que no tienen ese tipo de retaceos en la información a brindar<sup>90</sup>. También se advierte que el artículo 5 parece partir de una cierta “desconfianza” hacia los servicios de salud, a los que amenaza con aplicarles la ley 26485 contra la violencia contra las mujeres.

Todo ello redundante en dificultades adicionales para que la mujer pueda informarse adecuadamente y por tanto consentir efectivamente.

Estas observaciones no deben ser interpretadas bajo ninguna forma como una aceptación del aborto, sino que apuntan a señalar las contradicciones que se advierten al interior de la norma.

---

<sup>90</sup> Sobre el tema ver Berti García, María Bernardita. “Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, n. 88, p. 125-174, dec. 2019. ISSN 2524-9525. Disponible en: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/2683/2511> (último acceso: 2-2-2021)

**Art. 8° – *Personas menores de edad.* En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley N° 26.061, el artículo 7 del Anexo I del Decreto N° 415/06, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:**

**a) Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley.**

**b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la Ley No. 26.061, el artículo 7 del anexo I del Decreto reglamentario N 415/06 y el Decreto Reglamentario 1282/03 de la ley 25673.**

#### **a) Antecedentes del artículo 8**

El artículo referido a la forma en que las personas menores de edad pueden consentir el aborto ha sufrido numerosos cambios en su redacción a lo largo del tiempo. Si nos remontamos al proyecto de 2008, la redacción propuesta era la siguiente: “En caso de que la interrupción del embarazo deba practicarse a una mujer de menos de catorce años se requerirá el asentimiento de al menos uno de sus representantes legales, o en su ausencia o inexistencia de su guardador de hecho. En todos los casos la niña deberá ser oída y frente a cualquier otro interés se considerará primordial la satisfacción del interés superior de la niña en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849)” (art. 8). Los proyectos de 2010, 2012, 2014 repetían la misma redacción.

En 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial y el proyecto de aborto presentado en 2016 tomó nota de ello y en su redacción adoptó un esquema similar al que dispone el art. 26 de ese Código<sup>91</sup>. El proyecto de 2018 repetía la redacción de 2016, pero el proyecto que fue rechazado por

---

<sup>91</sup> Disponía el proyecto de 2016: “Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse a una persona adolescente, entre los 13 y los 16 años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficiente para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. La persona mayor de 16 años, conforme a lo establecido en el artículo 26 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley. Si la IVE debe practicarse en una persona menor de 13 años de edad se requerirá su consentimiento con la asistencia de al menos uno de sus progenitores o representante legal. En ausencia o falta de ellos se requerirá la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del decreto reglamentario del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, el art. 7 del Decreto 415/2006 reglamentario de la ley 26.061 y el artículo 59 del Código Civil. En todos los supuestos contemplados en los artículos que anteceden serán de aplicación la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en lo que hace a su interés superior y el derecho a ser oído” (art. 8).

Senado en 2018 había adoptado una redacción distinta y más simplificada<sup>92</sup>. En el proyecto de 2019 se modifica nuevamente la redacción y se vuelve a un esquema de edades similar al que plantea el art. 26 CCC<sup>93</sup>.

Por su parte, el proyecto inicialmente presentado por el Presidente de la Nación (11-PE-2020) seguía el esquema de división en edades (menos de 13 años, de 13 a 16 años y mayores de 16 años)<sup>94</sup>. La principal novedad del

---

<sup>92</sup> "ARTÍCULO 9- Personas menores de edad. Si se tratara de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis (16) años, la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar con su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y el artículo 7º de su decreto reglamentario 415/06. En particular, debe respetarse el interés superior del/a niño/a o adolescente y su derecho a ser oído". Sobre el tema ver Lafferriere, Jorge Nicolás, Zabaleta, Daniela B., "Aborto libre para niñas y adolescentes: inseguridad jurídica para los médicos", Centro de Bioética, Persona y Familia, 12 de junio de 2018, disponible en <https://centrodebioetica.org/aborto-y-adolescentes-inseguridad-juridica-para-los-medicos/> (último acceso: 2-2-2021)

<sup>93</sup> Proyecto 2810-D-2019: "Niñez y adolescencia. a) Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse en una persona menor de trece (13) años de edad, se requerirá su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del decreto reglamentario 1282/2003 de la Ley 25.673, en el artículo 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este supuesto, no se deberá requerir autorización judicial alguna. b) Si la interrupción voluntaria del embarazo es requerida por una persona adolescente de entre trece (13) y dieciséis (16) años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. En aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida, por condición preexistente, circunstancia esta que deberá constar en la historia clínica fundadamente, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as. En ausencia o falta de ellos/as, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso a) del presente artículo. En el caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente que deberá decidir de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. c) La persona mayor de dieciséis (16) años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley. En todos los supuestos contemplados en los artículos que anteceden serán de aplicación la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en lo que hace al interés superior y el derecho a ser oído/a de todo/a niño, niña y adolescente y que su opinión sea tenida en cuenta" (art. 9).

<sup>94</sup> Proyecto 11-PE-2020: "ARTÍCULO 8º.- PERSONAS MENORES DE EDAD: En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley N° 26.061, el artículo 7º del Anexo I del Decreto N° 415/06, el artículo 26 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN y la Resolución N° 65/15 del MINISTERIO DE SALUD de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada: a) En los casos de personas menores de TRECE (13) años de edad, mediante su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4º del Anexo I del Decreto reglamentario N° 1282/03 de la Ley N° 25.673, en el artículo 7º del Anexo I del Decreto reglamentario N° 415/06 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. No se deberá requerir autorización judicial alguna. b) En los casos de adolescentes de entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años de edad, se presume que cuentan con aptitud y madurez suficiente para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento, a menos que deba utilizarse un procedimiento que implique un riesgo grave para su salud o su vida. En dichos casos será necesario, además de su consentimiento, el asentimiento de al menos uno/a de sus representantes legales o, a falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4º del Anexo I del Decreto reglamentario N° 1282/03 de la Ley N° 25.673, en el artículo 7º del Anexo I del Decreto reglamentario N° 415/06 de la Ley N° 26.061 y en la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación. Las personas mayores de DIECISÉIS (16) años de edad tienen

proyecto de 2020 es la mención a la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación. Sin embargo, durante el debate en la Cámara de Diputados la redacción sufrió cambios y el texto finalmente sancionado simplemente distingue entre menores y mayores de 16 años.

## **b) Valoración de la norma**

En el comentario al art. 1 ya nos referimos al problema del embarazo adolescente. En este apartado nos enfocamos en una valoración crítica del art. 8 de la ley 27610 en su dimensión estrictamente jurídica<sup>95</sup>.

### **i) La confusión e imprecisión de la norma en concordancia con el art. 26 CCC**

Ante todo, hay que señalar que la redacción del artículo 8 es ambigua e imprecisa y ello conduce a incertidumbre para los profesionales y personal de la salud que se vean involucrados en abortos a requerimiento de personas menores de edad.

Especialmente cuando se trata de las madres que tienen menos de 16 años, la remisión al art. 26 CCC<sup>96</sup> nos deja ante un panorama complejo. En efecto, si se trata de una madre que ya cumplió 16 años, entonces ella decide por sí. En este punto hay concordancia entre la ley 27610 y el art. 26 CCC.

Si se trata de una madre que tiene entre 13 y 16 años, hay que proceder conforme al art. 26 CCC. Según este texto, “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

---

plena capacidad por sí para prestar su consentimiento, a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley.”

<sup>95</sup> Sobre el tema ver Lafferriere, Jorge Nicolás. ¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina. Revista de Derecho, [S.l.], n. 16, p. 67-100, nov. 2017. ISSN 2393-6193. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1353> (último acceso: 2-2-2021).

<sup>96</sup> El art. 26 del Código Civil y Comercial dispone: “ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Si la ley 27610 se hubiera limitado a remitir al art. 26 CCC, el asunto ya de por sí se presenta como complejo. En efecto, hay quienes sostienen que el aborto no sería un procedimiento invasivo o que comprometa la salud o ponga en riesgo grave la vida o integridad física de la menor. En la Res. 65/2015 se considera que solo son invasivos “los tratamientos de gravedad que impliquen riesgos para la vida o grave riesgo para la salud” (Anexo, p. 6). Como consecuencia de esa definición, los expertos consultados por la secretaría de Salud Comunitaria consideran que en todos los supuestos donde no se verifique esa “gravedad”, se aplica el consentimiento del menor desde los 13 años sin necesidad de asistencia de sus progenitores. Vale aclarar que esa resolución no hace en ningún momento referencia al aborto.

Ahora bien, es claramente inexacto decir que el aborto no es invasivo ni entraña riesgos para la vida o la salud de los adolescentes. Así, si nos rigiera el art. 26, el consentimiento sería dado por la adolescente con asistencia de sus progenitores. La norma del 26 CCC no es clara en el sentido de si se requiere el asentimiento de los dos progenitores. En todo caso, es claro que para el art. 26 CCC no hay posibilidad de intervención de otras personas distintas a los padres.

Por otra parte, la redacción del art. 26 CCC señala que esta capacidad para consentir se “presume”, lo que significa que podría darse el caso en que una persona menor de edad no tenga la madurez suficiente para tal consentimiento. Este punto es complejo en su apreciación y no queda claro quién hará el test para ver la madurez que posee la menor para consentir.

Si se trata de una madre que tiene menos de 13 años, si aplicamos en forma estricta el artículo 26 CCC, el consentimiento lo deberían dar sus progenitores. Ahora bien, como el art. 8 señala que la propia madre debe consentir, entonces tenemos que la ley 27610 le da capacidad para consentir a la madre que tiene menos de 13 años. Pero entonces viene la duda: ¿qué rol juegan sus progenitores en tal caso? Adviértase que la regla del 26 CCC sobre la “asistencia” de los progenitores se aplica a los casos de 13 a 16 años.

Otra inconsistencia del art. 8 consiste en remitir al art. 26 CCC que prevé la situación de un tratamiento médico y por tanto la intervención de un profesional de la salud, en el contexto de una ley de aborto que no contempla que el aborto se haga necesariamente con un médico. Recordemos que al analizar el art. 5 vimos que basta la “asistencia” del servicio de salud y del “personal de salud” para dar información.

Finalmente, por aplicación del art. 26 CCC tendríamos que presuponer que si hubiera discrepancia entre la solicitud de la persona menor de edad y sus progenitores, la cuestión se debería resolver “teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”. Nuevamente en este punto la cuestión se presenta confusa, especialmente si pensamos que los médicos están amenazados penalmente con prisión si hacen algo que dilate injustificadamente u obstaculice el aborto.

## **ii) La posible intervención de allegados, referentes afectivos o adultos responsables**

Ahora bien, la redacción del art. 8 de la ley 27610 al mencionar otras normas transcriptas, agrega confusión a este panorama y amplía la nómina de

personas que potencialmente podrían intervenir acompañando a la niña o adolescente que solicita el aborto.

El artículo 8 de la ley 27610 menciona al mismo nivel que el art. 26 CCC una resolución de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación (Resolución 65/2015, B.O. 8/1/2016) que en su artículo 1 dispone: "Apruébese como marco interpretativo del Código Civil y Comercial vigente el documento de acuerdos elaborado en la "Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos" realizada los días 10, 18 y 23 de Noviembre de 2015 que como ANEXO I forma parte integrante de la presente Resolución". El anexo tiene un documento de trabajo sobre el tema de los llamados "derechos reproductivos" emitido en noviembre de 2015. Además, en ese documento se hace una interpretación extensiva del término progenitor para incluir a todo allegado, remitiendo al art. 59 CCC y, por tanto, modificando el propio art. 26 CCC que nada dice al respecto. Vale señalar que esa referencia al art. 59 CCC es inexacta, pues justamente el supuesto en que aparece mencionado un posible "allegado" para dar consentimiento es aquel en que la persona esté absolutamente imposibilitada de dar su consentimiento, algo que sería imposible que sucede en el caso del aborto que aquí se legaliza. También admite la Res. 65/2015 la presencia de "referentes afectivos" en lugar de los progenitores, reformando en este punto el mismo art. 26 CCC que dice interpretar. En p. 14 del Anexo de la Res. 65/2015 se vuelve a hacer una interpretación amplia y se afirma que el consentimiento informado podrá ser dado con la asistencia de un progenitor, "entendido en sentido amplio para incluir a allegados y referentes afectivos".

El art. 7 del decreto 415/2006<sup>97</sup> no refiere a un orden de prelación para el consentimiento, ni a una distinción de edades, ni siquiera a una habilitación de personas que pueden decidir por la persona menor de edad. Este art. 7 reglamenta la ley 26061 de derechos de los niños, niñas y adolescentes y se refiere a lo que debe entenderse por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada": "además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares". Nuevamente aquí encontramos una ampliación de los potenciales participantes en el consentimiento de la persona menor de edad, agregando incertidumbre al profesional o personal de la salud interviniente.

Por su parte, el art. 4 del decreto 1282/2003 dispone: "ARTICULO 4º.- A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considérese al mismo

---

<sup>97</sup> Juan Navarro Floria se pregunta, sobre la mención a los decretos 1282/03 y 415/06: "si en el futuro el Poder Ejecutivo modifica esos decretos, ¿se habrá modificado también la ley?": Navarro Floria, Juan G., "El Gobierno promueve el aborto adolescente", El Derecho - Diario, Tomo 289, 01-12-2020, Cita digital: ED-CMXXXVI-209.

beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años. Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/ SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la ADMINISTRACION NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGIA MEDICA (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de CATORCE (14) años, con sus padres o un adulto responsable.”

En definitiva, todas las remisiones que el art. 8 de la ley 27610 hace a otras normas generan un listado impreciso de personas que potencialmente podrían estar habilitadas para dar un consentimiento junto con la persona menor de edad. ¿Quién decide quién interviene? ¿Cuándo se considera que hay que prescindir de los progenitores, cuya intervención está mandada por el art. 26 CCC? ¿Debe de todos modos informarse a los progenitores? Según el art. 5 que ya vimos, la información a la familia solo se dará con acuerdo de la madre. Pero aquí estamos ante una persona menor de edad y hay normas constitucionales y legales que establecen los deberes y derechos de los padres en lo referente a las personas de sus hijos, particularmente de su salud.

Pareciera que la ley parte de una sospecha sobre los padres y pretende interferir al interior de la familia habilitando a muchas personas a acompañar a la niña o adolescente a abortar, ignorando los dinamismos relacionales que son propios de una familia y las consecuencias que tiene esa intromisión.

Esta remisión a normas que torna el tema confuso e impreciso redundante en nuevos problemas para el personal de salud, que no sabrán a qué atenerse cuando se trata de la solicitud de aborto por una persona menor de edad. ¿Cómo hace un médico o personal de salud para saber si la persona que llega es la que puede legalmente dar el asentimiento?

La remisión a otras normas complica no solo la cuestión de la persona que interviene acompañando a la menor, sino también la edad que define la misma capacidad de la niña o adolescente. Para solo mencionar un ejemplo, el art. 4 del decreto 1282/2003 es anterior al Código Civil y Comercial y pone como edad de corte los 14 años.

Sobre la posibilidad de que intervenga un “referente afectivo” (Res. 65/2015) o bien simplemente un adulto responsable (art. 4 decreto 1282/2003), en su exposición ante las comisiones del Senado el 15-12-2020, Úrsula Basset dijo: “Fíjense que, en la nueva regulación, no hay límite mínimo de edad para concurrir con el referente afectivo. Fíjense que ese referente afectivo puede ser quien la abusa sexualmente y que esta niña, por temor, no diga nada –el ocultamiento, que aparece en los estudios de UNICEF–, y el abuso siga, y la

ley sea cómplice. Nos lo dice otro estudio de UNICEF del año pasado. Fíjense que, si esta niña tiene acceso a Justicia, tiene derecho a opciones: tiene derecho a ser escuchada, a un acogimiento interdisciplinario, a un acompañamiento. Todo esto, esta ley, con este texto, se los está negando”.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que entre las normas citadas no figura la propia ley de derechos del paciente, que contempla todo lo referido al consentimiento y que no ha sido derogada en este punto y es citada por el art. 7 de la ley de aborto para todo lo referido al consentimiento.

En todo caso, por las características del aborto, salvo que se trate de una auténtica urgencia de vida a la que hemos hecho referencia en el comentario al art. 4 y se aplique la doctrina del “doble efecto”, en todos los otros casos no vemos razones de peso que permitan apartarse de la regla general que surge del art. 26 que establece el deber de participación de los padres.

### **iii) La violación de derechos constitucionales de los padres**

En los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional hay un reconocimiento específico de los derechos y deberes de los padres en lo relativo a la crianza y educación de sus hijos. Así, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el art. 16 inc. 3 señala que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”* y el art. 26 inc. 3. *“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”*.

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXX establece: *“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”*. En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dispone en su art. 12 inciso 4: *“Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, el tema está presente en general en el artículo 5: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. También debemos mencionar el artículo 3 inciso 2: *“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*. En el Preámbulo se reconoce la importancia de la familia para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad (cf. Preámbulo CDN) y que *“la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir protección y asistencia necesarias”*. Por su parte, el artículo 18 reconoce que *“incumbirá a los padres, o en su caso a los representantes*

*legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.*

En lo que concierne específicamente al derecho a la salud, el art. 24 establece en lo que nos interesa: *“Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; ... d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; ... f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia....”.*

Se advierte así que la Convención reconoce la importancia de la “orientación de los padres” cuando se trata la salud de los niños. No hay una norma específica que obligue a los Estados a disponer que los niños sean quienes consientan por sí los actos de salud. Se trata de buscar una regulación armónica de los deberes y derechos de los padres, el interés superior del niño y la participación del niño en la toma de decisiones.

A ello hay que agregar que, cuando la República Argentina ratificó la Convención por medio de la ley 23849 incluyó una reserva respecto al artículo 24 antes citado que dice: *“la República Argentina, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”.*

Este párrafo de la ley 23849 fue intensamente discutido con ocasión de la ley 25673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. Llamativamente, la ley 27610 cita en este art. 8 al decreto 1282/2003 que reglamenta esta ley, pero no cita el art. 4 de esa ley que expresamente remite a la citada ley 23849. En efecto, sostiene la ley 25673: *“Art. 4º: La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849)”.*

Por tal motivo, todo intento de excluir a los padres de lo relativo a la planificación familiar resulta contrario a la Convención de los Derechos del Niño tal como la ratificó la República Argentina. En tal sentido, ya hemos aclarado que entendemos que el aborto no forma parte de la planificación familiar. Pero si se quiere forzar esa interpretación, deben asumirse todas las consecuencias que presenta el ordenamiento jurídico nacional en la materia.

#### **iv) Incoherencia con el Código Civil y Comercial**

Finalmente hay que señalar que la remisión al art. 26 CCC resulta insuficiente pues cuando se trata de una madre adolescente hay que tener en cuenta que el Código Civil posee un artículo específico que es el 644 que dispone: *“ARTICULO 644.- Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen”*.

Por disposición del art. 19 CCC, el concebido es persona por nacer y, en consecuencia, la responsabilidad parental comienza en la concepción. Por ello, cuando una adolescente queda embarazada entra en aplicación este art. 644 y las decisiones sobre “actos trascendentes para la vida del niño”, como es indudablemente un aborto, deben tomarse integrando el asentimiento de los progenitores. También queda claro que los padres pueden “oponerse” a los actos que resulten “perjudiciales para el niño” (art. 644 CCC).

### **c) Resumen de nuestra interpretación del art. 8**

Como se advierte, el art. 8 de la ley 27610 es confuso e impreciso. Sin perjuicio de lo ya explicado sobre la inconstitucionalidad del aborto, en lo que concierne estrictamente a cómo interpretar este artículo, podemos decir:

i) Adolescentes mayores de 16 años: por disposición del art. 26 CCC deciden por sí el aborto. Pero debe tenerse presente que esto puede resultar violatorio de los deberes y derechos de los padres tal como señalamos en el apartado anterior y que, en todos los casos, es mejor procurar la participación de los padres. Entra en juego el art. 644 CCC según hemos visto en el apartado anterior.

ii) Adolescentes entre 13 y 16 años: por aplicación del art. 26 CCC, en tanto el aborto es un procedimiento invasivo, decide la adolescente con la asistencia de sus padres. Si hubiera discrepancia entre la solicitud de la persona menor de edad y sus progenitores, la cuestión se debería resolver “teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”. Nunca podría tal discrepancia suponer que se haga un aborto a una menor si ella no consintió.

iii) Niñas que no han cumplido 13 años: por aplicación del art. 8 y del art. 26 CCC, la decisión corresponde a la niña con asistencia de sus progenitores. Para el caso de discrepancias, se aplica lo dicho en el punto anterior. No podría hacerse el aborto si la niña no ha consentido.

Por supuesto, entendemos que el aborto no es solución al problema del embarazo adolescente y creemos que hay que buscar otras alternativas ante este problema, como hemos explicado anteriormente en el comentario al art. 1.

**Art. 9º – Personas con capacidad restringida.** Si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **a) Alcance de la norma**

El problema del aborto realizado por personas con discapacidad presenta diversas aristas. Así, a comienzos del siglo XX el movimiento eugenésico impulsó leyes para la esterilización forzada, la prohibición de matrimonio y el aborto compulsivo de estas personas. Recordemos la redacción del art. 86 inciso 2 del Código Penal aprobado en 1921, que tuvo un origen eugenésico, como bien ha explicado Patricio López<sup>98</sup>.

En el artículo que aquí comentamos se regula lo referido al consentimiento de la persona con discapacidad. Ya desde la versión 2016 del proyecto de aborto se incluye una norma que recoge las modificaciones que tuvo la regulación de las restricciones a la capacidad en el Código Civil y Comercial (arts. 31 a 50), en línea con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Ante todo, estamos tratando casos de personas con sentencia judicial de restricción a la capacidad. Estas sentencias deben delimitar los actos o funciones que se limitan e indicar la forma en que se tomarán las decisiones. De acuerdo con el art. 32 CCC pueden darse dos situaciones: i) personas con capacidad restringida (primer párrafo del art. 32 CCC) a quienes se designa un apoyo, que puede tener distintas funciones, ya sea de mera consejería, de asistencia o de representación (supuesto excepcional previsto en el art. 101 inciso c CCC); ii) personas incapaces (último párrafo art. 32 CCC) quienes son declaradas tales por sentencia judicial con nombramiento de un curador que cumple funciones de representación (art. 101 CCC) por estar

---

<sup>98</sup> López Díaz Valentín, Patricio J., La fundamentación eugenésica del artículo 86, inc. 2, del Código Penal y el fallo `F., A. L. s/medida autosatisfactiva´: convalidación de una teoría aberrante [en línea], 2015, Prudentia Iuris, 79, disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2847> (último acceso: 2-2-2021)

absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno, no puede expresar su voluntad por ningún medio o formato y el sistema de apoyos resulta ineficaz.

### **b) Personas con capacidad restringida**

El primer supuesto es aquel en que la sentencia de restricción a la capacidad no contiene limitaciones para los actos vinculados con la salud. En tales casos, el consentimiento lo brinda la propia persona con discapacidad. Pero el primer párrafo del art. 9 le permite, si lo desea, acudir a un sistema de apoyo a tenor del art. 43 CCC. Ahora bien, dado que se trata de una persona que ya tiene un proceso de determinación de la capacidad, pareciera que habrá que dar intervención al juez. Adviértase que a tenor de lo que dispone el art. 43 CCC *“el juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida”*.

En caso que la sentencia judicial incluya restricciones a la capacidad en materia de salud, habrá que estar a lo que disponga la sentencia en cuanto a los alcances de la limitación y las funciones del apoyo. Si el apoyo tiene simplemente funciones de consulta, habrá que recabar su opinión. Si tiene funciones de asistencia, habrá que recabar su asentimiento. Si tiene funciones de representación, habrá que recabar su consentimiento.

Ahora bien, según el último párrafo del art. 9 de la ley 27610, pareciera que con independencia de lo que disponga la sentencia, siempre deberá recabarse el consentimiento de la persona con discapacidad. Eso significa que, incluso si la sentencia designa a un apoyo con funciones de representación a tenor del art. 101 inciso c CCC, la persona tendrá que dar su consentimiento. Esta disposición supone una alteración particular de la sentencia de restricción a la capacidad.

El artículo incluye una directiva sobre la adopción de salvaguardas adecuadas para evitar abusos en el “diseño del sistema de apoyos”. La terminología responde claramente a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Al respecto, resulta difícil de comprender a qué se refiere tal “diseño”, en tanto no estamos ante una ley que garantice necesariamente la intervención de una institución de salud o si quiera un profesional de la salud. Basta, según el art. 5 Ley 27610, con la asistencia de un servicio de salud. En todo caso, todos los que intervengan en un aborto habrán de tomar las medidas para evitar los abusos hacia personas con discapacidad.

### **c) Personas declaradas incapaces**

El segundo supuesto es el de una persona declarada incapaz en el supuesto excepcional del último párrafo del art. 32 CCC correspondiente a quien “se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”. En este supuesto, la sentencia debe designar un curador que asume funciones de representación legal y también delimitar los actos y funciones que se limitan.

El art. 9 de la ley 27610 dispone que también en estos casos se debe garantizar el consentimiento de la persona. Ahora bien, dado que según hemos visto el art. 32 CCC exige que para que se pueda dictar esta

excepcional sentencia de incapacidad la persona esté absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno, sólo cabe concluir que no podrá realizarse el aborto a esta persona con discapacidad.

#### **d) La presencia de una persona allegada**

Finalmente, la norma contempla el supuesto en que falte o esté ausente el apoyo o el curador. En tal supuesto, admite la presencia de una persona allegada, tomando como referencia la parte final del art. 59 CCC que dispone: *“Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”*.

La norma es claramente incoherente y plantea problemas prácticos muy serios para el personal de la salud que eventualmente intervenga en un aborto.

La remisión al art. 59 CCC es arbitraria, pues allí encontramos enunciadas otras personas además del representante legal o el apoyo, a saber: “el cónyuge, el conviviente o el pariente”. La ley 27610 se saltea ese listado del art. 59 e incorpora directamente a un allegado, sin clarificar cuál es la definición de allegado. Al igual que sucedió con las personas menores de edad, la ley 27610 parece querer flexibilizar las enunciaciones legales rígidas y procurar una enunciación que deje abierta la posibilidad de hacer el aborto. Como hemos dicho en el comentario a otros artículos, siempre se opta por la solución más favorable al aborto.

Ahora bien, tratándose de una persona que está sometida a un proceso de restricción a la capacidad, disponer la intervención de otra persona sin dar adecuada intervención al juez supondría una violación del mismo proceso que busca garantizar que no haya conflictos de intereses o influencia indebida en estas situaciones (ver art. 12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y art. 43 CCC).

La expresión “allegado” es de una amplitud total y no ofrece al personal de salud ningún criterio para determinar la aptitud de la persona allegada para comprender y conocer la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Pero el problema más serio que enfrenta la norma es que el art. 59 CCC se aplica a los casos de consentimiento por personas que no pueden expresar su voluntad. ¿Cómo habría aborto si la persona no puede expresarse por ningún medio?

Al igual que dijimos para el caso de personas declaradas judicialmente incapaces a tenor del art. 32 CCC, fuera de casos de emergencia en que hubiera que intervenir para salvar la vida de la madre y el aborto fuera una consecuencia indirecta no deseada de la intervención sobre la madre, cuando se cumplan los requisitos señalados en el comentario al art. 4, en el resto de

situaciones un aborto no es nunca un supuesto de urgencia de vida que justifique obviar el requisito de consentimiento de la persona involucrada.

**Art. 10 – *Objeción de conciencia.* El o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. A los fines del ejercicio de la misma, deberá:**

**a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión.**

**b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones.**

**c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.**

**El personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable.**

**No se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto.**

**El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo dará lugar a las sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda.**

#### **a) Alcance de la norma**

El art. 10 aborda el problema del conflicto que se plantea entre la legalización del aborto y su consagración como un pretendido derecho y la correlativa obligación de los profesionales de realizar la práctica. Es bien sabido que el aborto contradice principios fundamentales de la ética médica, comenzando por el juramento hipocrático. Los proyectos de 2008, 2010 y 2012 traían un artículo sobre la objeción de conciencia, pero a partir de 2016 se quitó del proyecto presentado por la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Reaparece ahora por su inclusión en el proyecto del Poder Ejecutivo finalmente sancionado, luego de un intenso debate en comisiones.

#### **b) Sobre la objeción de conciencia individual**

La objeción de conciencia es un derecho humano que consiste en la posibilidad de eximirse de acciones prescriptas por la ley sin que, a consecuencia de ello, tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones<sup>99</sup>.

Se trata de un medio pacífico de desobediencia jurídica, que presenta dos caracteres: "no es activa, como en el caso de la rebelión o revolución, sino pasiva; y no es colectiva, sino individual"<sup>100</sup>. La objeción de conciencia surge de una decisión personal y se configura a partir de dos elementos: a) una

---

<sup>99</sup> Retomamos en este comentario algunos pasajes del trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, "Aborto y objeción de conciencia", El médico frente al aborto, de Martini, Siro M.A. (Coordinador), Buenos Aires, Educa, 2012, p. 28-38.

<sup>100</sup> Navarro Floria, Juan G., *El derecho a la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 26.

disposición normativa vigente que prescribe cierta conducta; b) un conflicto entre lo prescripto por la norma y el dictamen de la conciencia sobre la conducta debida.

Encuentra su fundamento en la libertad de conciencia, de pensamiento y de culto, que tienen amplio reconocimiento en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Puede tener como fundamento una convicción estrictamente médica (deontológica), o el derecho constitucional, o principios de ley natural o bien convicciones religiosas. La objeción de conciencia tiene vigencia incluso si la ley no la reconoce. Justamente por ser un derecho humano a cierta forma de desobedecer la ley.

Vale recordar la definición dada por la Academia Nacional de Medicina el 28 de septiembre de 2000: "La Objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los médicos a actuar en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos". Como bien ha reseñado Luis María Calandria, hay otros importantes antecedentes que respaldan la objeción de conciencia en Argentina<sup>101</sup>

Explica Navarro Floria que "la objeción de conciencia se fundamenta en la afirmación, explícita o implícita, de que no siempre la ley es justa, o dicho de otro modo, que 'lo justo' no es, necesariamente, lo que la ley manda"<sup>102</sup>. Como afirma Jorge Portela, el iusnaturalismo ofrece una respuesta y fundamento correcto a la objeción de conciencia en tanto sostiene que existe una relación entre moral y derecho, y "si existe una relación, un 'punto de conexión' entre el derecho natural y el derecho positivo, ello implica principalmente, que la ley positiva pueda ser valorada; que pueda decirse si es justa o injusta, si posee rasgos morales o no..."<sup>103</sup>. Por su parte, Vigo sostiene que en la "lista de derechos humanos que resultan indisponibles está el derecho a desobligarse de lo prescripto por una norma jurídica invocando las convicciones racionales íntimas, pues un derecho con rostro y al servicio del hombre no puede dejar de reconocerlo"<sup>104</sup>.

Para el específico caso del aborto, aun el fallo "FAL" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (13-3-2012) reconoce que se debe garantizar este derecho a la objeción de conciencia en el considerando 29 referido a los protocolos de abortos no punibles: "Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el

---

<sup>101</sup> Ver Calandria, Luis María, "El aborto en el Régimen Jurídico Argentino", *El Derecho - Diario*, Tomo 281, 25-02-2019, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-677.

<sup>102</sup> Navarro Floria, Juan G., *El derecho a la objeción de conciencia*, cit., p. 30.

<sup>103</sup> Portela, Jorge Guillermo, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina - EDUCA, 2005, p. 241.

<sup>104</sup> Vigo, Rodolfo L., "Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias", *El Derecho - Diario*, Tomo 264, 548, 28-08-2015, Cita Digital: ED-DCCLXXV-494.

establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.

El 2-12-2020, María Angélica Gelli afirmaba ante las comisiones de Diputados: “Por supuesto, el paciente puede rechazar lo que diga el médico, tiene lo que se llama consentimiento informado, pero no podemos obligar al médico a que haga lo que diga la ley sin más, porque eso implicaría tanto como vulnerar el propio juramento hipocrático que hacen todos los médicos y las médicas cuando terminan su carrera. Así, la protección de la vida tiene que ir anudada a esta objeción de conciencia personal e institucional”.

### **c) Fundamento normativo de la objeción de conciencia**

El derecho a la objeción de conciencia tiene raigambre constitucional y puede ser ejercido aun cuando una norma no contemple expresamente la posibilidad de objetar. Este derecho se desprende de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión. Al respecto, las normas expresas que podemos mencionar son:

- el artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de todos los habitantes de la Nación de “*profesar libremente su culto*”;
- el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que reconoce: “*toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”;
- el Pacto de San José de Costa Rica (1969), en su artículo 12 establece: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión.... Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*”;
- el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos o libertades de los demás*”;
- la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial establece en su artículo 5: “*Los estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a*

*garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:...el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.*

Morelli considera que “el derecho a la libertad de conciencia supone, dentro de determinados límites y atendiendo a los intereses en juego: reconocer la posibilidad de que algunos planteen objeciones de conciencia; no imponer a los objetores cargas desproporcionadas en comparación con quienes obedecen las normas; evitar discriminaciones injustas de los objetores por no haber cumplido tales normas”<sup>105</sup>. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, organismo que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretó el artículo 18 de dicho Pacto aclarando que “en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias. Cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar”<sup>106</sup>.

Ignacio de la Riva ha escrito un importante trabajo sobre la objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos donde precisa que “al derecho de objeción de conciencia que el ordenamiento reconoce, genéricamente, a todo ciudadano (dentro de los límites propios de su ejercicio), se añaden en el caso los límites a la aplicación del poder jerárquico sobre los agentes públicos que desempeñan tareas regidas por criterios técnicos”<sup>107</sup>.

#### **d) Valoración crítica de la norma**

Las críticas al art. 10 son:

i) establece que solo puede ser ejercida por el profesional de la salud que interviene “de manera directa” en el aborto. Esta redacción es poco feliz, pues podría querer interpretarse como limitando la objeción a algunos profesionales únicamente. En realidad, todos aquellos que de alguna forma participan de un aborto pueden ser objetores a tenor de las normas antes invocadas y de otras disposiciones (enfermeras y enfermeros, genetistas, ecografistas, farmacéuticos, instrumentistas, trabajadores sociales, etc.). En este sentido, así como el art. 19 señala que todo el personal de salud se ha de capacitar sobre el aborto, también todo el personal de salud debería poder ser objetor.

ii) También resulta criticable que se obligue al objetor a derivar a la paciente. Tal derivación constituye un acto que puede significar una forma de

---

<sup>105</sup> Morelli, Mariano, “La objeción de conciencia en el derecho”, en Revista Vida y Ética, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Año 8, n. 2, Diciembre de 2007, p. 78.

<sup>106</sup> Comité De Derechos Humanos, “General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Artículo 18)”, 48º período de sesiones, 30-7-1993.

<sup>107</sup> De la Riva, Ignacio M., “La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos”, El Derecho - Diario, Tomo 285, 25-10-2019, Cita Digital: ED-CMVII-825.

cooperación con la acción objetada. Recordemos que lo propio del objetor es solicitar ser eximido de intervenir, de cualquier forma, en la acción que su conciencia le dicta como injusta.

iii) En cuanto a la amenaza que contempla la ley de sancionar al objetor, nos encontramos con otra expresión más de la sospecha sobre los profesionales de la salud que subyace en la ley. En efecto, resulta sobreabundante explicitar en una ley que si un profesional incumple normas puede ser sancionado. La inclusión de la norma parece estar como amenazando a los objetores. Recordemos que la ley aprobada crea un nuevo delito, que será el nuevo art. 85 bis Código Penal, que sanciona a quien se negare, obstaculizare o dilatare injustificadamente a realizar un aborto.

La ley parece partir de una sospecha y desconfianza sobre el personal de salud, sea o no objetor. Lo amenaza de forma directa, tanto penalmente, como con la ley de violencia contra la mujer, si dice algo "inadecuado". Esto no tiene antecedentes en el mundo. Como dijo María Inés Franck ante las comisiones del Senado el 15-12-2020: "Al médico no objetor de conciencia que decida no hacer un aborto, porque cree que no es la mejor decisión desde el punto de vista sanitario, es a quien se amenaza, en la media sanción, con cárcel, multas, inhabilitaciones y con la aplicación de la ley 26.485, de violencia contra la mujer. En consecuencia, el médico se convierte así en el mero ejecutor de un deseo de la mujer si es que no quiere ser perseguido o quedarse sin trabajo, en el mejor de los casos".

iv) La redacción de la norma confunde situaciones diferentes cuando sostiene que el objetor tampoco se podrá negar a realizar el aborto en caso que la vida o la salud de la madre esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable (art. 10). En realidad, si hay una situación de peligro inminente e inevitable, que requiere una acción terapéutica hacia la madre que tiene como efecto secundario no deseado la muerte del por nacer, y no hay otras alternativas terapéuticas, el objetor actuaría como todo profesional para salvar la vida. En cambio, si la norma pretende que se obligue a un profesional a realizar un aborto directo, ello contraviene las convicciones personales y los derechos fundamentales.

En Uruguay, una sentencia evaluó un problema vinculado con los alcances de la objeción de conciencia individual y dispuso que ella "comprende la exención de todas aquellas actuaciones que responden a la intencionalidad de abortar, ya sea que el resultado sea obtenido en una sola actuación clínica o bien a través de variados y diversos actos desarrollados a lo largo de un proceso y que constituyan condición necesaria para el logro del objetivo"<sup>108</sup>.

#### **e) Otras normas referidas a la objeción de conciencia**

La ley 27610 se enmarca en la promoción de los llamados derechos reproductivos y guarda conexión con la ley 25673. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1282-2003 que dispone en su art. 10: "*ARTICULO 10.- Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el PROGRAMA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE previa fundamentación, y lo que se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción. Los*

---

<sup>108</sup> Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Montevideo, "A., J. y otros c/ Poder Ejecutivo s/ Acción de nulidad", 11-08-2015, El Derecho - Diario, Tomo 265, 233, ED-DCCCXXVI-438

*objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada....”.*

En la ley 26.130 de anticoncepción quirúrgica (B.O. 29/8/2006), que se enmarca también en las disposiciones de la ley 25.673, el artículo 6º reconoce la objeción de conciencia: *“Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1º de la presente ley. La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata”.*

Las leyes provinciales de salud reproductiva también incorporan, en general, la objeción de conciencia.

Una mención especial merece la provincia de San Luis, pues ha dictado en 2008 la Ley Nº I-0650-2008 que garantiza con carácter general el derecho a la objeción de conciencia, al que define del siguiente modo: *“La objeción de conciencia es el derecho subjetivo a desobedecer una norma jurídica que imponga acciones u omisiones contrarias a las convicciones religiosas, morales o éticas indubitadamente acreditadas, aceptando cumplir prestaciones sustitutivas, cuando éstas correspondieran”* (art. 2).

Esta ley de San Luis presenta las siguientes características: la objeción de conciencia se puede articular por vía administrativa o de amparo (art. 7); se especifican criterios para ponderar la seriedad y procedencia de la objeción (arts. 4 y 5); se establece que siempre se debe dar la interpretación más favorable a los derechos del objetor (art. 8).

La ley 1044 de la Ciudad de Buenos Aires (2003) referida al procedimiento a seguir ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida, que ya hemos analizado, dispone en el artículo 8º: *“Se respeta la objeción de conciencia respecto de la práctica enunciada en el artículo 6º en los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología del subsector estatal de salud. Los directivos del establecimiento asistencial que corresponda y la Secretaría de Salud están obligados a disponer o a exigir que se dispongan los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata”.*

En el caso de enfermería, la objeción de conciencia está reconocida en la Ley 24004 (nacional), cuyo art. 9 dispone: *“ARTICULO 9º — Son derechos de los profesionales y auxiliares de la enfermería. ....c) Negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño inmediato o mediato en el paciente sometido a esa práctica”.* Para ejercer este derecho, el Decreto 2497/93, reglamentario de la ley 24004, dispone en art. 9: *“Para gozar del derecho establecido en el inciso C) del artículo 9º de la Ley, el profesional o auxiliar de enfermería deberá justificar su negativa e informar a su superior jerárquico con la adecuada anticipación para que éste adopte las medidas de sustitución para que la asistencia de enfermería no resulte afectada”.*

Es importante remarcar que la recomendación 157 de OIT de 1977 trata el tema: *“18. Todo miembro del personal de enfermería debería poder ser dispensado, sin resultar perjudicado por ello, de desempeñar determinadas tareas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que informe de ello en tiempo oportuno a su superior jerárquico, a fin de que se adopten las medidas de sustitución necesarias para que la asistencia a los pacientes no resulte afectada”*<sup>109</sup>.

También podemos mencionar:

- la ley 24301 que regula la profesión de los licenciados en Nutrición contempla el derecho a *“negarse a realizar o colaborar con la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño en el paciente”* (art. 10.b).
- la ley 24317 que regula la profesión de kinesiología contempla el derecho a *“negarse a realizar o colaborar con la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño en el paciente”* (art. 9 b).
- la ley 27051 de terapia ocupacional incluye como derecho *“negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño a la persona”* (art. 14.b).

---

<sup>109</sup> <https://www.sati.org.ar/documents/Enfermeria/legales/convention149.pdf> (último acceso: 2-2-2021).

**Art. 11 – Objeción de conciencia. Obligaciones de los establecimientos de salud. Aquellos efectores de salud del Subsector Privado o de la Seguridad Social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de conformidad con el artículo anterior, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley. Las gestiones y costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación. Todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica.**

#### **a) Alcance de la norma**

La norma incorpora una referencia a la objeción de conciencia en el contexto de las personas morales o jurídicas. El art. 11 contrasta con el art. 13 del proyecto de 2018 que se refería a la obligación de cada establecimiento de salud de garantizar el aborto<sup>110</sup> y reconoce que no hay una obligación de hacer abortos en todo establecimiento de salud.

La norma aplica a los efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social. Entendemos que la problemática también se podría plantear en el subsector público y correspondería a la autoridad de aplicación adoptar las medidas correspondientes para respetar a los profesionales objetores.

Al igual que señalamos en el artículo anterior, la norma señala que estas instituciones deben realizar la derivación correspondiente. Ello puede significar un problema de conciencia de fondo para las autoridades de una institución objetora, pues sería una forma de cooperación con la acción impugnada, como hemos señalado anteriormente. También la obligación de garantizar la realización de la práctica impone una carga indebida y excesiva en la institución objetora, que supone un quiebre a las convicciones que se intenta preservar.

La redacción confunde la objeción de conciencia individual con el plano institucional. En efecto, el fundamento de la llamada “objeción de conciencia

---

<sup>110</sup> Proyecto de ley de aborto rechazado por el Senado en 2018: “ARTÍCULO 13- Responsabilidad de los establecimientos de salud. Las autoridades de cada establecimiento de salud deben garantizar la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos establecidos en la presente ley y con los alcances del artículo 40 de la Ley 17.132 y el artículo 21 de la Ley 26.529 y concordantes. La interrupción voluntaria del embarazo establecida en la presente ley se debe efectivizar sin ninguna autorización judicial previa. No pueden imponerse requisitos de ningún tipo que dificulten el acceso a las prestaciones vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo garantizarse a la mujer o persona gestante la utilización de la mejor práctica disponible según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y una atención ágil e inmediata que respete su privacidad durante todo el proceso y garantice la reserva de la información aportada. En el caso excepcional de ser necesaria la derivación a otro establecimiento, la interrupción voluntaria del embarazo debe realizarse en el plazo establecido en el artículo 7º y las demás disposiciones de la presente ley, siendo responsable de la efectiva realización el establecimiento derivante”.

institucional” no está dado por el hecho de que todos los profesionales que integren un establecimiento de salud sean objetores, como parece desprenderse de la norma, sino en que su ideario o estatutos o normas fundamentales contemplan principios que defienden la vida desde la concepción. Así, está en juego la libertad de asociación, además de las libertades de conciencia, de pensamiento y de culto.

### **b) La llamada “objeción de conciencia institucional” y su fundamento normativo**

Es importante tener en cuenta que la llamada “objeción de conciencia institucional” está contemplada específicamente en el art. 10 de la ley 25673 que dispone: *“ARTICULO 10. — Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley”*.

Complementariamente, el decreto 1282/2003 que reglamenta la ley 25673 dispone en su art. 10: *“ARTICULO 10.- ...Los centros de salud privados deberán garantizar la atención y la implementación del Programa, pudiendo derivar a la población a otros Centros asistenciales, cuando por razones confesionales, en base a sus fines institucionales y/o convicciones de sus titulares, optaren por ser exceptuados del cumplimiento del artículo 6, inciso b) de la ley que se reglamenta, a cuyo fin deberán efectuar la presentación pertinente por ante las autoridades sanitarias locales, de conformidad a lo indicado en el primer párrafo de este artículo cuando corresponda”*.

En su intervención ante las comisiones de Diputados el 2-12-2020, María Angélica Gelli sostuvo: “quiero referirme a lo que dijo una de las expositoras acerca de que la objeción de conciencia siempre es personal porque los derechos humanos se conceden a las personas, ya que las instituciones no tienen conciencia, sino que tienen la conciencia de sus integrantes. Entonces, si ellos se reúnen con una cosmovisión respetable, no puede imponérseles una acción por vía del Estado que violente esa cosmovisión que es de defensa de la vida, nada más ni nada menos. Esto está en concordancia con los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados. A propósito de si las instituciones pueden llegar a los tribunales internacionales, porque los derechos son humanos y de las personas, paso a citar el fallo “Granier versus Venezuela” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un caso diferente, porque se trata de la libertad de expresión. La Corte sostuvo el derecho que tienen los miembros de las asociaciones y organizaciones que ven vulnerados sus derechos de modo indirecto por el Estado, imponiendo determinadas restricciones”.

El 16-12-2020, hablando ante el Senado, Gelli volvió a referirse al tema, analizando el art. 11 del proyecto que había sido agregado en Diputados. Allí se refirió a la importancia del art. 14 de la Constitución Nacional cuando establece la libertad de asociación, que “comprende el derecho a formar la asociación, a establecer fines y objetivos específicos, y a defender esos fines y objetivos específicos. Entonces, si una asociación médica se crea con el objetivo de la defensa de la vida, ese es un fin compartido por todos”. Y reiteró la cita al fallo “Granier” aclarando que es “una sentencia sobre libertad de expresión, pero que les otorgó derechos a los accionistas de un canal cuya libertad de expresión coartaba el gobierno venezolano. Y, a los empleados y

periodistas que trabajaban en él, les otorgó el derecho o la legitimidad para presentarse ante los organismos internacionales para plantear que una decisión del Estado, sobre la asociación en la que ellos trabajaban, indirectamente estaba coartando una libertad esencial. Si se considera una libertad esencial a la libertad de expresión, ¿cuánto más el derecho a la vida?, ¿cuánto más el derecho a los no nacidos?”.

Desde el punto de vista práctico, resulta oportuno rescatar un trabajo del año 2007 de Fernando Toller con sugerencias sobre el modo concreto de ejercer la “objeción de conciencia” por parte de una institución privada de salud: “poseer un ideario donde se expongan las ideas religiosas y/o éticas y filosóficas fundacionales que sustentan la institución...; el dictado del ideario debe estar contenido en el estatuto de la persona jurídica o haber sido dictado de acuerdo con las habilitaciones de competencias previstas en el mismo; si se trata de una institución católica, prever en el ideario que las tareas asistenciales, de investigación, de docencia y de extensión que se realizan se hacen en el marco de la fiel conformidad con la fe y la moral de la Iglesia Católica, tal como son expuestas por el magisterio pontificio, conciliar y de los organismos competentes de la Santa Sede; hacer una presentación expresa...; en la presentación hay que dar, al menos sumariamente, las razones que motivan la objeción de conciencia...; hacer público a los pacientes o usuarios la realización de la presentación administrativa y sus alcances en cuanto a las prestaciones englobadas en la objeción de conciencia que no se brindarán en el centro de salud”<sup>111</sup>.

En el plano de la Ciudad de Buenos podemos mencionar la existencia de un programa que contempla la objeción de conciencia institucional para el aborto. En efecto, la Ley 6312 (B.O. 4/8/2020) dispuso que la Ciudad adhiera a la Resolución N° 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación que aprobó el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo, 2da Edición 2019<sup>112</sup>. Junto con la publicación de la Ley 6312 se dieron a conocer tres resoluciones ministeriales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires:

- Ministerio de Salud, Resolución N° 1722/MSGC/20. Aprueba los criterios Operacionales del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (Anexo - PE-RES-MSGC-MSGC-1722-20-ANX.pdf)
- Ministerio de Salud, Resolución N° 1723/MSGC/20. Crea el Programa de Derivación Garantizada a la persona embarazada para instituciones con ideario confesional y/o ético que deriva en la mayoría de profesionales objetores de conciencia (Anexo - PE-RES-MSGC-MSGC-1723-20-ANX.pdf)
- Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, Resolución N° 841/MDHYHGC/20. Crea el Programa “A la par”, de acompañamiento

<sup>111</sup> Toller, Fernando, “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, en *Revista Vida y Ética*, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Año 8, n. 2, Diciembre de 2007, p. 186-187.

<sup>112</sup> Estos pasajes retoman lo tratado en nuestro trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, Williams Becker, Alejandro E., “Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires”, *El Derecho - Diario*, Tomo 288, 18-08-2020, Cita Digital: ED-CMXXIII-323.

territorial a personas embarazadas y sus familias (Anexo - PE-RES-MDHYHGC-MDHYHGC-841-20-ANX.pdf)

En lo que aquí nos interesa, la Resolución 1723-2020 apunta a solucionar los planteos realizados por instituciones de salud que tienen derecho a ejercer la llamada "objeción de conciencia institucional". En tal sentido, dispone que las *"Instituciones que cumplen la función de efectores de Salud, cuyos principios fundacionales, estatutos, misiones o reconocidos valores se fundan en un ideario confesional y/o ético que deriva en que la mayoría de profesionales sean objetores de conciencia y que como consecuencia de ello no puedan brindar la prestación de Interrupción Legal del Embarazo (ILE) de manera oportuna y eficaz, realizarán una presentación por única vez para adscribirse al "Programa de Derivación Garantizada a la persona embarazada para instituciones con ideario confesional y/o ético que deriva en la mayoría de profesionales objetores de conciencia" que funcionará en el ámbito del Ministerio de Salud"*. En virtud de la Resolución, *"aquellos efectores de salud que formen parte de este Programa, frente a la consulta de una persona embarazada por la práctica de la Interrupción Legal del Embarazo (ILE), deberán comunicarse de manera inmediata con el Ministerio de Salud, a efectos que éste garantice la derivación correspondiente, a excepción que la persona decidiera buscar otro efector por sus propios medios"*.

Esta resolución contempla, así la objeción de conciencia institucional, aunque subsiste el problema relativo a la obligación de derivar, que podría configurar una cooperación con el aborto. Otro problema es que el Ministerio de Salud se arroga la atribución de decidir cuáles instituciones entrarán en el programa, cuando se trata de un derecho constitucional que no puede ser cercenado. Otro problema es que la norma habla de una "mayoría" de profesionales objetores, confundiendo -como lo hace la ley 27610- el plano individual con el plano institucional. Finalmente, también es problemática la cuestión de obligar a pagar los abortos.

En definitiva, la libertad de asociación y la libertad de conciencia son fundamento de la llamada "objeción de conciencia institucional" como derecho reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales y su regulación debe ser razonable y no puede alterar el contenido esencial del derecho.

**Art. 12 – Cobertura y calidad de las prestaciones.** El sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en la Ley N° 23.660 y en la Ley N° 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados creado por la Ley N° 19.032, las entidades y agentes de salud comprendidas en la Ley N° 26.682 de marco regulatorio de medicina prepaga, las entidades que brinden atención dentro de la reglamentación del Decreto N° 1993/11, las obras sociales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, las obras sociales del Poder Legislativo y Judicial y las comprendidas en la Ley N° 24.741 de Obras Sociales Universitarias y todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias, independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la presente ley en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud recomienda. Estas prestaciones quedan incluidas en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y en el PMO con cobertura total, junto con las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

#### **a) Alcance de la norma**

Ya el proyecto presentado en 2008 para legalizar el aborto incluía una norma del siguiente tenor: “Los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones mencionadas en los arts. 1º y 3º y los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones. Asimismo deberán garantizar en forma permanente las prestaciones enunciadas en la presente ley, incluyendo el personal de salud, instalaciones e insumos requeridos” (art. 5 Expte. 2700-D-2008). El texto finalmente sancionado sigue en su redacción al proyecto que fue rechazado por el Senado en 2018.

El art. 12 establece la obligatoriedad de que el aborto, en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud recomienda, sea cubierto por el sistema de salud, ya sea público, obras sociales, empresas de medicina prepaga y otros. Se incluyen las prestaciones en el Programa Médico Obligatorio con cobertura total.

#### **b) Valoración de la norma**

El artículo resulta problemático porque se pretende imponer a todos los ciudadanos la obligación de financiar actos que son contrarios al derecho a la vida. En efecto, no se trata sólo de despenalizar el aborto y dejar que cada persona decida, lo que de por sí ya trae serios problemas como hemos visto, sino que se pretende que el aborto sea un “derecho” y que ese derecho sea pagado por todos los ciudadanos con fondos públicos o con fondos resultantes de los aportes hechos a la seguridad social o a los sistemas de medicina prepaga.

Al respecto, en el mundo hay un gran debate sobre este problema en torno a la financiación de abortos. En Estados Unidos, la llamada enmienda Hyde rige desde 1976 y prohíbe el uso de fondos federales para pagar abortos<sup>113</sup>. También los distintos estados tienen leyes en sentido similar.

El fundamento de esta enmienda se encuentra en la decisión de no forzar a millones de ciudadanos que son contrarios al aborto a pagar con sus impuestos abortos.

El tema excede el alcance de este comentario y merece una profundización específica desde perspectivas constitucionales, tributarias y de la seguridad social.

Finalmente, hay que señalar que, en lo que concierne al sistema público provincial de salud y las obras sociales provinciales y demás entidades de nivel provincial que tengan funciones de financiación de la salud, la disposición del art. 12 requiere adhesión expresa de las provincias, sin perjuicio de los problemas de fondo que tiene la norma.

---

<sup>113</sup> Ley del 30 de septiembre de 1976: Public Law No. 94-439, §209, 90 Stat. 1418, 1434. Desde entonces esta enmienda se aprueba cada año en el Congreso y fue considerada constitucionalmente válida en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

**Art. 13 – Educación sexual integral y salud sexual y reproductiva. El Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios tienen la responsabilidad de implementar la Ley N° 26.150 de Educación Sexual Integral, estableciendo políticas activas para la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de toda la población.**

**Estas políticas deberán estar enmarcadas en los objetivos y alcances establecidos en las Leyes Nros. 23.798, 25.673, 26.061, 26.075, 26.130, 26.150, 26.206, 26.485, 26.743 y 27.499, además de las leyes ya citadas en la presente ley. Deberán, además, capacitar sobre perspectiva de género y diversidad sexual a los y las docentes y a los y las profesionales y demás trabajadores y trabajadoras de la salud, a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes soliciten realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley, así como a los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que actúen en dichos procesos.**

#### **a) Alcances del artículo**

Los proyectos de 2008, 2010, 2012, 2014, 2016 y 2018 no decían nada sobre la cuestión de la educación sexual, que por otra parte había sido materia de una ley específica en 2006 (Ley 26150). Así, el artículo 13 de la ley 27610 reconoce su origen en el art. 19 del proyecto de 2018 rechazado por el Senado<sup>114</sup>.

En tal sentido, la versión 2020 resulta mucho más acotada y circunscripta. Se han eliminado las referencias “a la responsabilidad de establecer políticas activas para la prevención de embarazos no deseados” y al deber de incluir “los contenidos respectivos en la currícula obligatoria de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las distintas instituciones educativas, sean éstas de gestión pública o privada, lo que deberá hacerse efectivo en todo el territorio nacional a partir del próximo ciclo lectivo”. También se eliminó la frase que decía: “La educación sexual

---

<sup>114</sup> Proyecto de ley de 2018 rechazado por el Senado: “ARTÍCULO 19- Políticas de salud sexual y reproductiva. Educación sexual integral. El Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de establecer políticas activas para la prevención de embarazos no deseados, y la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de la población. Estas políticas deberán estar enmarcadas en los objetivos y alcances establecidos en las Leyes 25.673, 26.150, 26.485 y 26.061, además de las leyes citadas anteriormente en la presente ley. Deberán además capacitar en perspectiva de género a todos/as los/las profesionales y personal de la salud a fin de brindar una atención, contención y seguimiento adecuados a las mujeres que deseen realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley. El Estado debe asegurar la educación sexual integral, lo que incluye la procreación responsable, a través de los programas creados por las Leyes 25.673 y 26.150. En este último caso, deben incluirse los contenidos respectivos en la currícula obligatoria de todos los niveles educativos, independientemente de la modalidad, entorno o ámbito de las distintas instituciones educativas, sean éstas de gestión pública o privada, lo que deberá hacerse efectivo en todo el territorio nacional a partir del próximo ciclo lectivo. La educación sexual integral es un derecho y deberá impartirse en todo el sistema educativo sin excepción, y con especial referencia y atención a las comunidades más vulnerables y a la diversidad e identidad de los pueblos originarios”.

integral es un derecho y deberá impartirse en todo el sistema educativo sin excepción, y con especial referencia y atención a las comunidades más vulnerables y a la diversidad e identidad de los pueblos originarios”.

A diferencia del proyecto de 2018, la ley 27610 no crea una Comisión Bicameral de Seguimiento de la normativa sobre salud reproductiva y educación sexual (art. 20 del proyecto de 2018).

### **b) Valoración crítica del artículo**

Un primer aspecto problemático de este artículo se vincula con la cuestión federal, a la que nos referimos al comentar el art. 21. En efecto, para comprender los alcances de esta norma hay que tener en cuenta que las provincias conservan el poder no delegado de tomar decisiones de política legislativa en materia de educación y salud. Resulta decisivo el art. 5 de la Constitución Nacional que garantiza a cada provincia el dictado de las normas referidas a la educación primaria.

En este punto, el art. 13 que estamos comentando, no obstante el carácter imperativo de su redacción, requiere una adhesión expresa de las distintas provincias. En igual sentido, hay que tener presente que el art. 6 de la ley 26150 de Educación Sexual Integral dispone: “ARTICULO 6º - El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología definirá, en consulta con el Consejo Federal de Cultura y Educación, los lineamientos curriculares básicos del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de modo tal que se respeten y articulen los programas y actividades que las jurisdicciones tengan en aplicación al momento de la sanción de la presente ley”.

Un segundo aspecto problemático es la obligatoriedad de establecer capacitaciones sobre el aborto tanto a personal de salud como a personal educativo. En efecto, por las razones que hemos señalado, entendemos que la ley sobre aborto afecta seriamente el derecho a la vida de la persona por nacer y entendemos que ello contradice valores fundamentales de nuestra organización social.

Un tercer aspecto es la inclusión de la llamada “perspectiva de género” como contenido educativo. Esta perspectiva suele estar asociada a una visión reduccionista de la persona humana, que ignora el dato biológico y absolutiza la dimensión cultural de la sexualidad. Entendemos que no corresponde que el Estado Nacional imponga una visión ideologizada de la persona y la familia en el campo educativo. El tema excede el alcance de este comentario centrado en el problema del aborto y me remito al estudio realizado por Gabriel Maino sobre el particular<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Maino, Carlos Alberto Gabriel, “Origen y desarrollo de las políticas de género en educación”, *Prudentia Iuris*, 2019, n. 88, p. 21-51. Disponible en: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/2678> (fecha de acceso: 29 jan. 2021)

**Art. 14 – Modificación del Código Penal. Sustitúyese el artículo 85 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:**

**Artículo 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:**

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

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

**a) Alcances de la norma**

La reforma de los artículos 85 a 88 del Código Penal es uno de los ejes centrales de la ley 27610. En los artículos que aquí comentamos se despenaliza el aborto por libre decisión de la madre hasta la semana 14, inclusive, y luego de esa semana en los supuestos previstos en el art. 4 de la ley 27610 y nuevo art. 86 del Código Penal.

Comenzando el análisis por el nuevo art. 85, se advierte que se mantiene la criminalización del aborto entre los delitos del capítulo sobre derecho a la vida, del título sobre delitos contra las personas del Código Penal.

Se mantiene igualmente la distinción entre la figura de aborto realizado con consentimiento o sin consentimiento.

Para el caso de aborto sin consentimiento (art. 85 inciso 1), se mantiene la misma escala penal que estaba vigente. Los únicos cambios de redacción con relación al texto que estaba vigente refieren a la sustitución del término "mujer" por el de "persona gestante" y la eliminación de la palabra "reclusión". Ahora sólo se aplica la sanción de "prisión".

**b) Modificaciones del delito de aborto realizado con consentimiento de la madre**

Las principales reformas del artículo 85 se encuentran en el segundo inciso. En primer lugar, se elimina la expresión "reclusión" que figura en el anterior código penal y ahora solo se aplica la sanción de "prisión".

En la anterior redacción, la pena por el aborto realizado con consentimiento de la madre era de uno a cuatro años de reclusión o prisión (art. 85 CP). El nuevo texto baja la escala penal, que pasa a ser de tres meses a un año (art. 14 Ley 27610).

Además de rebajar la pena para el médico que practica abortos clandestinos, se deroga la agravante que existía en la anterior versión del art. 85 y que decía: "El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

Así, con la nueva ley, si un médico hace un aborto clandestino y la mujer se muere, la única pena que enfrenta es la de prisión de tres meses a un año.

Por supuesto, los abortos clandestinos serían los que se hagan fuera de la semana 14 de embarazo y de los casos legalizados por el art. 4 de la ley.

### **c) Casos no contemplados por la norma**

El aborto realizado con consentimiento de la madre hasta la semana 14 de embarazo no es delito. Adviértase que más allá de las intenciones de la ley 27610, podrían darse abortos clandestinos con consentimiento de la madre. Tales casos podrían suceder si alguien hiciera un aborto fuera de todo marco de un sistema de salud. Estos casos no tendrían una sanción penal.

En línea con lo anterior, tampoco se ha contemplado el caso de la muerte de la madre luego de un aborto hecho con su consentimiento hasta la semana 14 del embarazo.

### **d) El bien jurídico tutelado**

Un problema que surge de esta ley es la incoherencia de la política legislativa en torno al bien jurídico tutelado por las normas penales. En efecto, por su ubicación metodológica, los arts. 85 a 88 se refieren a los delitos contra la vida de las personas, en este caso de las personas por nacer. El bien jurídico tutelado es, indudablemente, el derecho a la vida de las personas por nacer.

Al despenalizarse el aborto hasta la semana 14 si consiente la madre, pero mantenerse el delito si el aborto se hace sin su consentimiento, parece que la protección del derecho a la vida de la persona por nacer depende de la decisión de la madre, o bien que la protección está sujeta a un cierto tiempo de vida. Ello es un quiebre en la lógica interna del derecho penal.

Hernán Munilla Lacasa, analizando este artículo en el debate de 2018, sostuvo su inconsistencia: "Hasta la semana 14 el consentimiento de la mujer es soberano frente a la vida de ese ser que lleva dentro, al punto que puede eliminarlo impunemente, pero de un día para otro, en la decimoquinta semana, la vida del embrión vuelve a adquirir cobertura legal ante ella (pues ya la tenía frente a los terceros según el art. 85, inc. 1º, y quien cause su aborto, aun si fuera la madre, será punible en los términos de los arts. 85, inc. 2º, y 88, apart. 1º"<sup>116</sup>.

### **e) En torno a la pretendida ineficacia de la ley penal**

En los fundamentos del Mensaje 134 que elevaba el proyecto de ley de aborto, el Poder Ejecutivo afirma que la amenaza penal es ineficaz para disuadir a las mujeres de abortar. Ahora bien, si el Ejecutivo considera que esta política es ineficaz, cabría esperar que se propongán medidas para lograr lo que la amenaza penal no logra, es decir, el cese de las prácticas abortivas. Es decir, pareciera que el Presidente comparte la finalidad perseguida por la ley penal pero que, ante su ineficacia, busca nuevas maneras de lograr el mismo objetivo, es decir, desalentar el aborto. Pero aquí encontramos la contradicción. Como la respuesta penal es ineficaz, se decide legalizar lo que supuestamente habría que desalentar. Se pasa a considerar como legítima la conducta y a desvirtuar así la lógica interna de toda norma penal, que se basa en la tutela de un bien jurídico, en este caso la vida de las personas por nacer. Así, queda claro que el verdadero problema no sería la ineficiencia de la ley

---

<sup>116</sup> Munilla Lacasa, Hernán, "Exposición en el Senado sobre proyecto de aborto libre", El Derecho - Diario, Tomo 278, 02-08-2018, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-419.

penal, sino que el Ejecutivo y los legisladores no comparte el objetivo de esa ley penal.

Por otra parte, luego de esta contradicción, la misma ley mantiene la amenaza penal quien realiza el aborto (art. 85) y aun para la mujer (art. 88) que aborta luego de las 14 semanas fuera de las causales especificadas en la norma. ¿Por qué sería eficaz esa ley penal que propone la ley? ¿Qué bien jurídico se protegería penalmente a partir de la semana 14? ¿Por qué se elige la semana 14? ¿Para la ley a la semana 14 empieza a existir la persona? Ninguno de estos interrogantes es abiertamente abordado en el debate, y se elude así abordar las cuestiones más decisivas que están en juego.

Además, la supuesta ineficiencia de la ley penal es difícil de probar. ¿Cómo se mide la eficiencia de una ley penal? ¿Es la eficiencia un criterio para abandonar la sanción de una conducta? La legislación penal tiene una lógica interna articulada en torno a los distintos bienes jurídicos y su importancia, que responde a valores constitucionales y, en última instancia, a las exigencias de justicia derivadas de la dignidad de la persona humana y el bien común<sup>117</sup>.

Ciertamente, cuando hay personas que no aceptan una norma sancionatoria de tipo penal, el camino es la educación y la explicación de los bienes jurídicos que están protegidos. Además, existen distintas estrategias para el abordaje de esas situaciones, como la suspensión del juicio a prueba, las penas alternativas, etc. Y ello sin perjuicio de recordar que, en un importante número de casos, la madre enfrenta factores de vulnerabilidad que inciden en su decisión y que son los que hay que acatar.

---

<sup>117</sup> Sobre el tema ver Schuff, Sebastián, "Aborto y derecho penal en Argentina", *El Derecho - Diario*, Tomo 277, 16-05-2018, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-278; Clérico, Juan. "Los fines medicinales de la pena y el bien común político en Santo Tomás: Consideraciones en torno al delito de aborto", *Prudentia Iuris*, 2019, n. 87, p. 19-36. Sobre los fines de la pena, ver Hernández, Héctor H., *Salvar vidas con el derecho penal (Testimonio de un defensor)*, Buenos Aires, Círculo Rojo, 2018, p. 47.

**Art. 15 – Incorporación del artículo 85 bis al Código Penal. Incorpórase como artículo 85 bis del Código Penal de la Nación, el siguiente:**

***Artículo 85 bis. Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.***

#### **a) Alcances de la norma**

Este artículo marca una novedad en relación al derecho comparado. No se encuentra una norma similar en otras legislaciones. Estamos ante la creación de un nuevo delito.

En primer lugar, la norma delimita quiénes pueden ser pasibles de esta sanción. Se trata de “funcionario público o funcionaria pública”, “la autoridad del establecimiento de salud”, “profesional, efector o personal de salud”. Es importante enfatizar que esta norma puede aplicarse a todo profesional de la salud, sea o no objetor.

En cuanto a las conductas tipificadas ellas son: dilatar injustificadamente, obstaculizar o negarse, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados. Como aclaró la ministra Gómez Alcorta el 1-12-2020, “Como fundamento, vale recordar que este tipo penal es doloso. Esto quiere decir que alguien, conociendo y queriendo llevar adelante una práctica de obstaculización o impedimento de acceso a un derecho, lo termina haciendo. No se trata de una obstaculización negligente que, por otra parte, no estaría abarcada por esta figura penal”.

El tema del plazo es particularmente delicado en esta norma. En su exposición ante las comisiones de Diputados el 1-12-2020 la ministra Gómez Alcorta señaló que, para comprender la norma, había que tener en cuenta “el plazo, que es de diez días desde el momento en que una persona gestante requiere la práctica hasta el momento en que se debe efectivizar. Este plazo amplía – esto hay que decirlo- el que estaba establecido en el proyecto sancionado por la Cámara de Diputados en el año 2018”.

En cuanto a la sanción, incluye la pena de prisión de tres meses a un año y también la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. Resulta llamativa la inclusión de esta sanción de inhabilitación especial en el art. 85 CP, pues en el nuevo art. 86 CP se ha eliminado esa misma pena adicional para el caso de los profesionales de la salud que realicen abortos.

#### **b) Ubicación metodológica**

Un problema metodológico subyace en esta norma. Se ubica en el capítulo dedicado a los delitos contra la vida de las personas. Pero el bien jurídico protegido no es la vida de las personas por nacer, como sucede en el resto

de los artículos sobre aborto. Así, no queda claro por los fundamentos de la norma cuál es el bien jurídico protegido.

En su exposición ante las comisiones de Diputados, Gómez Alcorta, el 1-12-2020, refiere como fundamento de este artículo 85 bis, dos considerandos del fallo FAL de la Corte Suprema (13-3-2012): “El primer considerando dice así: “Descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos -que en este caso eran abortos no punibles, como estamos planteando aquí-, la insistencia en conductas como la señalada –o sea, que obstaculizan injustificadamente- no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”. También en el considerando 25, el máximo tribunal de Justicia dijo: “Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida ha autorizado la práctica del aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible -como sería el caso al estamos haciendo mención-, de poner a disposición de quien solicita la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevar a cabo de una manera rápida y –dice- accesible y segura”. Explica la Corte que tiene que ser rápida, por cuanto se debe tener en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada. Agrega accesible y segura, pues aun cuando es legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médicos, burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada protección que pongan en peligro la salud o la propia vida de quien la reclama. En razón de eso, entendemos que este artículo, de acuerdo a las previsiones que establece el proyecto, incorpora la posibilidad de que no se obstaculice el acceso a este derecho”.

En realidad, los considerandos transcritos en ningún lugar promueven que se incorpore un nuevo delito al Código Penal. En todo caso, ya hay normas generales sobre la actuación de los profesionales de la salud y no se advierte cuál es el motivo por el cual hay que inmiscuirse legalmente para regular los plazos y formas de realizar un aborto. Siempre dejando en claro, por supuesto, que nuestra posición es claramente contraria a la legalización del aborto.

### **c) Carácter abierto de la norma**

El nuevo art. 85 bis CP es muy complicado en su redacción, pues se deberá interpretar en juego con otras normas que retacean información a la paciente y que generarán grandes dudas para el personal de salud. Vale aclarar que estas amenazas afectan tanto al objetor como al médico no objetor. Así, al problema de la objeción de conciencia se agrega un problema de afectación de la libertad de ejercicio profesional.

### **d) Las amenazas al equipo de salud**

Este delito es la expresión más clara de una especie de sospecha que pesa sobre los profesionales de la salud y otros implicados ante el aborto. Se desconfía de su buena fe y se incorpora una norma que claramente amenaza a quien osare levantar alguna posible objeción ante un posible aborto. El problema afectará sobre todo a los profesionales no objetores. Es una ilusión

pretender determinar por ley que una práctica debe hacerse en diez días, desconociendo no sólo las condiciones de hecho que existen en las instituciones de salud, sino las mil y una cambiantes circunstancias que pueden afectar la salud de cada madre embarazada, máxime si se trata de un embarazo avanzado. Todo ello contribuye a configurar un clima legal de presión inusitada sobre las instituciones y el personal de salud. Queda en evidencia el trasfondo ideológico que subyace en la voluntad de imponer el aborto a toda costa y la poca consideración a razones médicas.

El 1-12-2020, ante las comisiones de Diputados, la Ministra de las Mujeres, Género y Diversidad, Gómez Alcorta, sostuvo: "si argumentamos que la criminalización no es efectiva en relación con la interrupción legal del embarazo, ¿por qué incluimos la figura de la obstaculización y de la negativa injustificada para permitir la práctica del aborto, no solo para los médicos sino también para los profesionales de la salud y demás intervinientes? En primer lugar, como mencioné anteriormente, se trata de un delito doloso; es decir, quien lleva adelante esa práctica lo hace queriendo obstaculizar. Se trata de alguien que tiene una responsabilidad legal. En caso de que se sancione la ley y, obviamente, se incorpore este artículo –o sea, si se sancionara tal cual el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo-, tendríamos un derecho y unas prestaciones incluidas en el PMO –sea cual sea el sistema de salud en el que la paciente estuviese haciendo el requerimiento- y habría ahí un efector de la salud –sea quien sea- que queriendo obstaculizar y sabiendo que lo está haciendo, impide el acceso a esa práctica. Utilizamos el fundamento del fallo F.A.L. porque sabemos que la demora –que es lo que centralmente implica llevar adelante estas acciones típicas- pone en riesgo la salud y la vida de la persona gestante. Por eso proponemos incluir este tipo penal –el artículo 85 bis- dentro de las figuras penales de delitos contra la vida. Entonces, más allá de que esto constituye un delito doloso por las razones expuestas, se vincula necesariamente con la garantía que se otorga a esos médicos para ampararse en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En efecto, si un médico siente que sus convicciones obstaculizan o lo violentan para llevar adelante esa práctica, debe mencionar –en el modo en que finalmente se reglamente- que es objetor de conciencia pero no puede impedir el procedimiento. Son dos opciones distintas. Si soy un médico o una médica y me violenta hacer esa práctica, puedo ejercer mi derecho de no llevarla adelante, pero de ningún modo puedo obstaculizar el ejercicio de un derecho que la paciente está requiriendo. Entonces, teniendo en cuenta eso y sobre la base de los fundamentos del fallo FAL, entendemos que corresponde la incorporación de la práctica".

Al respecto, entendemos que el fundamento dado por Gómez Alcorta es insuficiente. Si fuera así, el delito tendría que darse para todo el que se niegue, obstaculice o dilate injustificadamente el acceso a cualquier prestación que se considera integrante del derecho a la salud. Pero el delito está específicamente diseñado para perseguir a los médicos ante el planteo del aborto.

Por otra parte, la introducción de este artículo deja en evidencia las contradicciones que existen al interior del Poder Ejecutivo. En efecto, el 1-12-2020, la Secretaria Legal y Técnica, Ibarra, afirmaba: "Estoy segura de que vamos a tener una disminución de la objeción de conciencia en cuanto haya despenalización, tengamos menos judicialización y logremos también

menos nivel de escrache, de agresión y de estigmatización frente a aquellos médicos y médicas que están cumpliendo con la normativa”. Es difícil entender cómo se va a cumplir esta especulación sobre la disminución de la judicialización desde el momento en que el gobierno y el Congreso sancionan un nuevo e insólito delito que persigue a los médicos por negarse a hacer abortos (art. 85 bis CP).

Como sostuvo ante las comisiones de Senado el 15-12-2020 Alberto Bianchi: “de la despenalización de la mujer que aborta hemos hecho un salto lógico, y que a mi juicio no corresponde, a penalizar al médico que se opone”.

Toller ante las comisiones de Senado el 17-12-2020 sostuvo: “Es un delito nuevo, raro, el de dilación u obstaculización, con cárcel e inhabilitación. Y es un delito que conjuga con más de 50 obligaciones de hacer y de no hacer, con los hospitales al límite, con pandemia –o sin ella, porque siempre estamos con los hospitales al límite–, etcétera. Les ponen un montón de obligaciones a los médicos contra reloj o cometen delito. Por otro lado, es muy difícil compatibilizar los derechos del paciente, la ley de derechos del paciente –el consentimiento informado–, con las prohibiciones y encasillamiento a la libertad de expresión del médico con el paciente”.

La norma desconoce también los supuestos en que la negativa del profesional puede deberse a motivos estrictamente terapéuticos. En este punto, son importantes las precisiones que hace Ignacio de la Riva para el específico caso de los profesionales de la salud en hospitales públicos, quien precisa que el deber de obediencia que pesa sobre los funcionarios públicos no se aplica a los profesionales de áreas sujetas a criterios científicos o técnicos, pues “frente a cada caso que deba atender, el médico debe actuar guiado, estrictamente, por lo que le dicte la *lex artis* propia de su profesión”<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> De la Riva, Ignacio M., “La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos”, *El Derecho - Diario*, Tomo 285, 25-10-2019, Cita Digital: ED-CMVII-825.

**Art. 16 – Sustitución del artículo 86 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 86 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:**

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

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

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

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

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

**a) Alcance de la norma**

En relación al texto anterior, la nueva redacción elimina la indicación de que el aborto no punible es aquel que fue “practicado por un médico diplomado”. En este sentido, ahora se quita ese requisito. Este cambio está en concordancia con lo que antes hemos analizado sobre quién realiza el aborto (ver comentario al art. 5), en el sentido que ahora la ley se limita a decir que la madre tiene derecho a solicitar el aborto en el servicio de salud o con su asistencia. Este cambio vuelve a dejar en evidencia cierta ambivalencia de la ley en torno al problema de la garantía de la salud de la madre al realizarse abortos. En efecto, la ley declama preocupación por la salud de las mujeres que recurren a abortos inseguros, pero no dispone que sea un médico el que haga los abortos. En realidad, la ley está diseñada para el aborto con pastillas, que puede considerarse como un aborto auto-administrado, y eso supone una menor intervención del sistema de salud.

**b) La primera frase del art. 86**

El nuevo art. 86 CP comienza con una expresión extraña a la técnica propia de la redacción penal. En efecto, se afirma: “*No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional*”. Se supone que el Código Penal tipifica las conductas que son delito, de modo que todo lo que no está descripto en el tipo no es delito por aplicación de las reglas generales. Bien dijo Estela Sacristán sobre esta redacción del art. 86 CP: “Y, finalmente, hay un problema que viene de 2018. Es la cuestión de que ha habido una subversión de lo que es el orden entre libertad y prohibiciones en este proyecto. Ese error no se corrige. Es un error que es muy muy serio. El error consiste en que el proyecto establece qué no es delito. Este aspecto sí tiene que ser revisado. Vivimos en un mundo en libertad, donde las prohibiciones son las que fijan qué es lo que no podemos hacer. No es labor del legislador decir qué es lo que sí podemos hacer”.

El giro “no es delito” es nuevo y habrá que determinar sus alcances. Por lo pronto, podemos afirmar que se han diferenciado claramente los supuestos de “no es delito” de los casos de “no punible”. Esto permite ver que en los casos de “no punible”, la conducta permanece como reprochable, aunque el legislador decide no aplicarle pena. De este modo, creemos que son objetables los intentos de reglamentación de los abortos “no punibles” porque rompen esa lógica penal.

No se nos escapa que el legislador ha reforzado esta expresión de “no punibilidad” con la descripción en el art. 4 de los supuestos en que el aborto está permitido. Pero ello refuerza la idea de que estos casos de no punibilidad deben ser interpretados de forma estricta y procurando un esfuerzo por salvar la vida de la persona por nacer. De hecho, el bien jurídico tutelado es la vida de la persona por nacer.

Por supuesto, lo dicho no quita que seamos de la opinión que el derecho a la vida de la persona por nacer exige, en justicia, una protección penal proporcionada ante toda acción directamente orientada a quitarle la vida.

Como veremos luego, hay una tercera variante sobre la punibilidad de los abortos en el art. 88 CP. Allí se dice “*Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta*”. En síntesis, encontramos que el legislador señala una conducta que “no es delito”, otras conductas que “no son punibles” y finalmente permite al juez “eximir la pena” en el caso del art. 88. Estas tres posibilidades requieren una profundización mayor que excede el alcance de estos primeros comentarios realizados recién publicada la norma.

### **c) Sobre la obligación constitucional de proteger penalmente la vida por nacer**

Al comentar los arts. 1 y 3 nos referimos a los debates constitucionales sobre los alcances del derecho a la vida de la persona por nacer y su necesaria protección penal. En este sentido, los partidarios de la ley sostuvieron que no hay una obligación constitucional de penalizar el aborto. Entre los expositores que se refirieron al tema, podemos mencionar a Andrés Gil Domínguez, quien el 2-12-2020 ante las comisiones de Diputados decía: “Es una obligación del Estado argentino despenalizar el aborto, porque si no lo hace, está violando los derechos humanos de las niñas, de las adolescentes y de las mujeres y de las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad. Con lo cual, desde la perspectiva convencional, lo que hace la aprobación del presente proyecto es cumplir con obligaciones internacionales y ejercer el control de convencionalidad interno que el Congreso está obligado frente a los tratados de derechos humanos y frente al artículo 75 inciso 22 de la Constitución. Por eso, frente a esta realidad normativa, frente a esta realidad de interpretación convencional, seguir diciendo, manifestando o argumentando que de los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional surge alguna obligación, alguna manda que impida la despenalización y legalización en la República Argentina, sigue siendo una mentira convencional y no tiene ningún tipo de asidero en la realidad textual y en la realidad interpretativa que estos órganos han desarrollado de forma frecuente. Desde el punto de vista constitucional no existe ninguna norma que impida, que prohíba o que haga que este proyecto sea inválido”.

En el mismo sentido, el 15-12-2020 ante las comisiones de Senado, Gil Lavedra sostuvo: “creo que no hay ninguna regla constitucional ni convencional que obligue a penalizar el aborto temprano; que es una decisión del legislador sobre la base de razones objetivas y en base a los derechos e intereses que están en juego. Todos los órganos, tanto la Corte Suprema Argentina –en el orden interno–, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y una enorme cantidad de órganos encargados de aplicar tratados de derechos humanos –me estoy refiriendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al Comité de Derechos Humanos, a la CEDAW, al Comité de los Derechos del Niño–, han establecido que puede despenalizarse el aborto temprano, porque todos han establecido la necesidad de lo que se denomina la protección incremental de estos dos delitos en juego: la expectativa del por nacer y los derechos, también, de la madre, en los primeros momentos”.

Al respecto, como hemos sostenido en otros pasajes de este trabajo, sentada la existencia de un derecho a la vida reconocido desde el momento de la concepción, hay varias razones que fundamentan el deber de establecer la protección penal ese derecho a la vida de la persona por nacer, a saber:

- proteger la vida dentro de un estado de derecho requiere la intervención propia del poder punitivo estatal, pues el derecho penal tiene la misión de proteger, bajo principios de ultima ratio y lesividad, los bienes jurídicos fundamentales para garantizar el bien común y la protección de la dignidad y derechos fundamentales;
- esa protección penal debe respetar un principio de coherencia interna que supone proporcionalidad en las penas que se imponen a los delitos en función de la importancia de los bienes jurídicos implicados;
- si se despenaliza el aborto, se admite en el ordenamiento jurídico que una persona prive deliberada y legalmente de la vida a otra y ello supone un quiebre profundo en las bases mismas de la convivencia;
- la privación del bien jurídico “vida humana” resulta irreversible, pues la vida humana no admite grados: o se tiene vida o no se tiene;
- sería insuficiente una tutela meramente civil del derecho a la vida de la persona por nacer;
- la ley penal cumple una indudable función docente, junto con su misión vinculada con la necesidad social de imponer la paz en la convivencia humana<sup>119</sup>;
- la despenalización del aborto, en los hechos, conduce a su legalización y promoción, de modo que sostener que despenalizar no afecta la vida es falso, pues la despenalización conduce a la directa e irreparable afectación de la vida de la persona por nacer.

#### **d) Eliminación de la pena complementaria de inhabilitación**

Al reformar el art. 86 CP, la ley de aborto elimina la pena de “inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena”, para “los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo”, que figuraba en el texto anterior. Es decir, uno de esos profesionales que hace abortos sin consentimiento de la mujer

---

<sup>119</sup> Codesido, Eduardo, De Martini, Siro, *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, Universitas, 2005, p. 62.

no sufrirá esta inhabilitación especial. Lo mismo si realiza abortos fuera de los casos establecidos por la ley.

Este cambio es relevante, pues en el proyecto de 2018 la pena de inhabilitación se mantenía para el caso del que realizaba abortos sin consentimiento de la madre se incorporaba en el texto del inciso 1ro. del art. 85 CP proyectado (ver art. 1 del proyecto de aborto de 2018).

Se advierte así una tendencia en la política legislativa impulsada por el Gobierno: mientras que se reducen las penas, incluso llegando a supuestos de no punibilidad para el que realiza abortos y se muere la mujer que consintió antes de la semana 14, con eliminación de la inhabilitación especial, se incorpora un nuevo delito para perseguir a los que puedan negarse a realizar, obstaculizar o dilatar injustificadamente un aborto. Es decir, se invierte el sentido en que se usa el poder punitivo: en lugar de buscar disuadir que se hagan abortos, ahora se refuerza la presión para que no haya oposiciones al aborto.

### **e) La causal “violación”**

En relación al Código Penal, la ley reforma el art. 86 que antes decía: *“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”*.

Este inciso dio lugar a intensos debates en torno a si se trataba de un único supuesto que comprendía únicamente el caso de violación de una persona con discapacidad, o bien si eran dos supuestos: por un lado, la violación, y por el otro, el atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. En este punto, en 2012 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso FAL (13-3-2012) adoptando la interpretación que sostiene que es no punible el aborto si el embarazo proviene de una violación, sin distinguir condiciones de la madre<sup>120</sup>.

El nuevo texto del art. 86 CP según la ley 27610 modifica la redacción para establecer ahora que no son punibles los abortos realizados con consentimiento de la madre si el embarazo proviene de violación.

En cuanto a la prueba de la violación, en la misma línea que lo sostuvo la Corte en FAL, la ley 27610 deja en claro que se requiere únicamente una Declaración Jurada de la madre.

En el caso de las niñas que tienen menos de 13 de años, todo embarazo se considera, en principio, como violación a tenor del art. 119 del Código Penal y por tanto la ley 27610 no exige la Declaración Jurada en la redacción del nuevo art. 86 CP. Pero eso no exime del deber de comunicar el hecho a tenor de lo que dice el mismo art. 5 de esta ley 27610, en línea con las normas allí citadas, como el art. 72 del Código Penal, la ley 26061 y la ley 26485.

Adicionalmente, según se puede ver de las normas citadas por el mismo art. 5.b de la ley 27610 que estamos comentando, el inciso e del art. 24 de la ley 26485 dispone: *“la denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o con ocasión de sus*

---

<sup>120</sup> Sobre el fallo FAL, ver de Martini, Siro M. A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos” en *El médico frente al aborto*, de Martini, Siro M.A. (Coordinador), Buenos Aires, Educa, 2012, p. 28-38.

*tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito".* Es decir, que, por imperio de esta norma, también en los casos de violación habría que hacer la denuncia penal.

#### **f) La causal "salud"**

La nueva redacción del art. 86 CP invierte el orden de los incisos que traía el anterior texto. La denominada "causal salud" ahora pasa a estar en el inciso 2º. El texto anterior decía que no era punible el aborto realizado "por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta", "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".

En este punto, la nueva redacción del art. 86 cambia la palabra "peligro" por "riesgo". Sin embargo, el art. 4 de la ley 27610 sigue utilizando la palabra "peligro". Se quita la frase que el riesgo "no puede ser evitado por otros medios". Este punto debe interpretarse en un sentido sistemático, como hemos señalado anteriormente al analizar el art. 4.

#### **g) El veto de la palabra "integral" en la causal "salud"**

En el análisis del art. 4 ya nos detuvimos en la consideración de los alcances del veto que hizo el Poder Ejecutivo por Decreto 14-2021 a la palabra "integral" que calificaba a "salud en los arts. 4 y 16. Así, el texto sancionado decía en lo que aquí nos interesa:

*"Art. 16 — Sustitución del artículo 86 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 86 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:*

*Artículo 86.- ... Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: ...  
2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud **integral** de la persona gestante."*

Como se advierte, la ley finalmente vigente ya no incluye el término "integral". Así, se ha limitado el alcance de este supuesto de no punibilidad. Nos remitimos a lo dicho al analizar el art. 4 de la ley.

**Art. 17 – *Sustitución del artículo 87 del Código Penal.* Sustitúyese el artículo 87 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:**

**Artículo 87.- Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.**

**a) Alcance de la norma**

Comentando este artículo, Gómez Alcorta ante los Diputados afirmó el 1-12-2020: “Se refiere a la figura conocida como aborto preterintencional. En este supuesto, hay que decir que, más allá del cambio de redacción, al igual que en los otros casos, lo único que se hace es aumentar la escala punitiva en el máximo. Actualmente, la previsión es de seis meses a dos años y, en este caso, aumentamos a tres años, sobre todo teniendo en cuenta la inflación punitiva que hubo en un siglo y para darle una coherencia intrasistemática a las escalas punitivas en todo el Código Penal”.

Así, en este caso, la reforma del art. 87 CP consiste en reemplazar el término “paciente” por “persona gestante” y en subir el máximo de la pena por este delito de dos a tres años.

**Art. 18 – Sustitución del artículo 88 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 88 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:**

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

***La tentativa de la persona gestante no es punible.***

**a) Alcance de la norma**

En la reforma del art. 88 CP se baja la pena de la mujer que aborta fuera de los casos autorizados por la ley. Mientras que actualmente la pena es de uno a cuatro años de prisión, la nueva ley establece una pena de tres meses a un año. Salvo un pequeño cambio de redacción (en 2018 decía “a partir de la semana quince” y en 2020 dice “luego de la semana catorce”), el texto sigue casi textualmente el primer párrafo del artículo propuesto en el proyecto de 2018.

Hay que advertir que, no obstante la retórica invocada sobre la ineficacia de la ley penal, el legislador bajo el impulso del Gobierno mantiene la punición del aborto de la mujer.

**b) La eximición de pena**

El nuevo texto del art. 88 CP establece que “podrá eximirse de la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta”. En los hechos, y a la luz de la experiencia que hemos constatado en estos años luego del fallo FAL de la Corte Suprema, esta eximición de pena corre el riesgo de convertirse en un aborto libre a simple demanda hasta el fin del embarazo.

Se advierte un cambio en relación a la redacción que proponía para este art. 88 CP el proyecto de 2018. En el texto que fue rechazado por el Senado ese año, el párrafo que se agregaba al artículo decía: “El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso en atención a los motivos que impulsaron a la mujer o persona gestante a cometer el delito, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y la apreciación de otras circunstancias que pudieren acreditar la inconveniencia de aplicar la pena privativa de la libertad en el caso”.

De esta forma, como ya adelantamos al comentar el art. 86 CP, encontramos tres situaciones: art. 86: “No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional”; Art. 86: “no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante”; Art. 88: “podrá eximirse de la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta”.

**Art. 19 – Capacitación.** El personal de salud deberá capacitarse en los contenidos de esta ley y de la normativa complementaria y reglamentaria. A tal fin, el Ministerio de Salud de la Nación y los Ministerios Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementarán los correspondientes programas de capacitación.

**a) Alcance de la norma**

El artículo 19 de la ley 27610 es una novedad en relación con el articulado de proyectos de ley anteriores. Además, su contenido parece superponerse con el mismo art. 13 de la ley.

Al igual que señalamos en los arts. 2 y 13, se presenta en esta obligación de capacitación un problema vinculado con las competencias que constitucionalmente están reservadas a las provincias. Nos remitimos al comentario a esas normas.

El artículo parece indicar una capacitación sobre el aborto que abarca a todo el personal de salud, cuando los que efectivamente realizan abortos son unos pocos profesionales. En todo caso, como correlato de la extensión que se pretende dar a esta obligación de capacitación hay que reconocer el correspondiente derecho a la objeción de conciencia a todo el personal de salud.

**Art. 20 – *Autoridad de aplicación*: La autoridad de aplicación de la presente ley será establecida por el Poder Ejecutivo nacional.**

**a) Alcance de la norma**

En los proyectos de ley presentados entre 2008 y 2018 no se incluía ninguna norma sobre una autoridad de aplicación de la ley. En cambio, el proyecto que tuvo aprobación en Diputados y fue rechazado por el Senado en 2018 incluía en el artículo 22 una norma como la que aquí comentamos.

La fijación de una “autoridad de aplicación” de esta ley enfrenta algunos problemas de técnica legislativa. En primer lugar, como vimos, la ley tiene algunos artículos que reforman el Código Penal y que, como tales, no requieren de una autoridad de aplicación. Otros artículos abordan materias que son competencia de las provincias y la autoridad de aplicación podría tener valor para el ámbito estrictamente nacional. Esta problemática federal la hemos tratado en varios artículos y a esos comentarios nos remitimos (ver art. 21).

Cabe señalar que el proyecto de 2018 tenía un artículo que obligaba a llevar un registro estadístico de los casos de abortos<sup>121</sup>. La ley 27610 omite esa norma.

---

<sup>121</sup> ARTÍCULO 17- Registro estadístico. Créase un registro de estadísticas, monitoreo y evaluación de la interrupción voluntaria del embarazo, a efectos de generar información actualizada relativa a la implementación de la presente ley.

La autoridad de aplicación, en articulación con las jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, debe arbitrar los medios a fin de llevar un registro estadístico en todo el territorio nacional de:

- a) las consultas realizadas a los fines de acceder a lo dispuesto por la presente ley;
- b) las interrupciones voluntarias del embarazo efectuadas, indicando el plazo y cuál de los supuestos del artículo 3° de la presente ley hubiera sido invocado;
- c) la información de los registros de objetores previstos en el art. 11 de la presente ley;
- d) todo dato sociodemográfico que se estime pertinente para evaluar en forma anual los efectos de la presente ley, así como los indicadores de seguimiento que pudieren realizarse.

En todos los casos se tomarán los recaudos necesarios para salvaguardar el anonimato y la confidencialidad de los datos recabados.

**Art. 21 – Orden público: Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina.**

**a) Alcances de la norma**

Al igual que el art. 20, el art. 21 reconoce como único antecedente el texto del art. 23 del proyecto que fue rechazado por el Senado en 2018. Los proyectos de ley anteriores no hacían mención al carácter de orden público de la ley ni a la obligatoriedad de su aplicación.

Respecto al concepto de orden público, se trata de un término que tiene un alcance muy debatido en el derecho y que, por ejemplo, aparece en el Código Civil y Comercial en relación a la limitación de la autonomía de la voluntad (arts. 12, 279, 958, 960, 1004, 1014, 2600, entre otros). Un importante sector de la doctrina considera que el orden público es un conjunto de principios eminentes que hacen a la subsistencia de la sociedad como tal (Salvat, Llambías). En tal sentido, más allá de la declamación que haga una ley sobre su carácter de orden público, no todas las leyes que así lo dicen serán consideradas como tales.

En el art. 21, la idea de disponer que la ley sea de “orden público” apunta, por tanto, a actuar como límite a la libre determinación de los particulares al momento de realizar convenciones<sup>122</sup>.

Estela Sacristán se refirió a este artículo en su exposición ante las comisiones del Senado el 17-12-2020: “el proyecto incorpora la declaración de orden público. ¿Qué significa esto? ¿Qué significa declarar de orden público? Significa que las personas no pueden evadir los efectos de la ley, no las pueden evadir con condiciones particulares o con negocios jurídicos particulares. Esa ley aparece como imperativa. El origen de este instituto está en el Código de Napoleón como *ordre public*. Es un significado similar al que tiene el Código Argentino de Vélez, el Código Civil y Comercial actual. De allí se transmite al Código Civil alemán. Tenemos que tener en cuenta que este no es un instituto universal. En el derecho anglonorteamericano no existe la noción de *ordre public* u orden público, y sí existe lo que se llama el concepto de política pública, el *public policy*, sobre lo cual enseña el profesor Alfonso Santiago. El *public policy*, en los sistemas de *common law*, es lo que los jueces dicen que es de orden público. Acá, cuando tenemos una ley que dice que es de orden público y que va a pasar a integrar el orden público, aparece –en este proyecto en particular– como un paraguas. Es como un paraguas muy grande de orden público, en el cual está alojado ese pequeño microcosmos de lo que aparece como autonomía personal de la mujer. Tenemos entonces un microcosmos de plena autonomía con ese gran paraguas de orden público. Ahora, este proyecto me hace pensar: ¿es jurídicamente admisible la cláusula de un orden público así, irrestricta, en un proyecto de ley que modifica el Código Penal? Los artículos 14 a 17 modifican

---

<sup>122</sup> Sobre este tema, Limodio enfatiza que “el orden público de una comunidad no puede emanar de su ordenamiento jurídico positivo vigente, sencillamente porque no cabe confundir el Derecho con la ley positiva” (Limodio, Gabriel, *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 83).

el Código Penal. ¿Qué significado jurídico tiene si es que es adecuado jurídicamente? Si este proyecto modifica el Código Penal, ¿cómo puede un delito ser de orden público, a diferencia de los demás delitos que están contenidos en ese Código Penal y que no son de orden público, porque no está dicho en ningún punto del Código Penal que los delitos sean o no de orden público? ¿Cuál es el sentido –pregunto específicamente– de blindar este proyecto con esa cláusula de orden público, como si fuese una ley de emergencia o una ley laboral? Hay un dato interesante: 203 leyes de orden público aparecen en InfoLeg; 153 de esas 203 leyes son posteriores a 1983. Por último, tenemos que tener en cuenta que el orden público tiene un límite, que es que sea justo –esto está en la Declaración Universal de Derechos Humanos–, y no es justo eliminar una vida por la otra”.

### **b) La competencia del Congreso y la cuestión federal**

En cuanto a la segunda parte del art. 21, apunta a reforzar la idea de “orden público” y a forzar la aplicación de la ley en todo el territorio nacional. Ahora bien, el Congreso tiene facultades muy bien delimitadas en este punto y la ley 27610 enfrenta serios problemas desde una perspectiva federal.

Nuestro país es federal y siempre debemos partir de considerar que las provincias conservan el poder no delegado en la Nación, según el art. 121 de la Constitución Nacional: *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación”*. Por otro lado, la disposición del art. 121 se complementa con el art. 126 que establece que *“las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo en el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”*.

Aplicando estos principios a la ley 27610, podemos distinguir entre sus dos grandes ejes, como adelantamos en el comentario al art. 1. Por un lado, la reforma del Código Penal en los artículos referidos al aborto. Se trata de una competencia que claramente se ha atribuido al Congreso de la Nación por el art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. El código penal es derecho común: se aprueba en el Congreso Nacional y se aplica en los tribunales provinciales. En este sentido, las reformas al Código Penal son obligatorias en todo el país, como innecesariamente aclara el art. 21 que estamos comentando. Las provincias no pueden sancionar sus propios Códigos penales.

Por otro lado, la ley 27610 se propone “regular el acceso” al aborto y ello supone ingresar en materias vinculadas con el llamado “poder de policía” en materia de salud, que están reservadas a las provincias. En efecto, con fundamento en el fallo “Bonorino en representación de una empresa Plaza de Toros”, se acepta que “es un hecho que la policía de las Provincias está a

cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos” (Fallos 7, 150). Mas recientemente, se ha dicho: “...volviendo al tema de las facultades provinciales y municipales, creo que es muy importante que se reconozca que la policía de salubridad constituye una facultad provincial o municipal [...]”<sup>123</sup>.

Legarre publica un estudio sobre el tema en que recuerda que el art. 121 es casi un calco de la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos y enfatiza que el poder de policía lo tienen las provincias y que el poder de policía en materia de salud es genuinamente provincial, aun cuando en la práctica esto no resulte respetado<sup>124</sup>.

Las Constituciones provinciales enfatizan esta reserva de competencias en materia de salud. Así ocurre por ejemplo con Córdoba, cuya Constitución establece que “la Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud” (art. 59). En el mismo sentido se expide la Constitución de Tucumán: “La provincia reserva para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de salud” (art. 125). En el caso de Formosa, se hace expresa mención a la potestad regulatoria por vía legislativa en materia de salud, cuando se dispone que “el Estado provincial promoverá la legislación correspondiente [en relación a la salud]” (art. 81). También en Chaco la atribución legislativa aparece resaltada: “La Provincia tiene a su cargo la promoción, protección y reparación de la salud de sus habitantes, con el fin de asegurarles un estado de completo bienestar físico, mental y social. Al efecto dictará la legislación que establezca los derechos y deberes de la comunidad y de los individuos y creará la organización técnica adecuada” (art. 36).

Continuando esta línea, el art. 39 de la Constitución de Misiones dispone que “la Provincia garantizará la atención de la salud de la población, a cuyo fin la Legislatura dictará la Ley Sanitaria correspondiente que asegure la asistencia médica integral, preventiva y asistencial”. En la de Tierra del Fuego, el art. 53 establece que se dictará una “ley de salud pública provincial”. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 21 prescribe que la Legislatura dicte una Ley Básica de Salud, dando los lineamientos de esta norma, mientras que el art. 22 dispone: “la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones”.

Por eso, la aplicación obligatoria de todos los artículos referidos a temas de poder de policía de salud y educación a la que hace referencia el art. 21 de la ley 27610 se reduce a los establecimientos e instituciones dependientes de la Nación. Cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires tiene competencia para

---

<sup>123</sup> CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”; 27/10/2015), voto de la mayoría, Consid. 22 (agradezco a Fernando Toller esta cita).

<sup>124</sup> Ver Legarre, Santiago, “Poder de policía de la salud: la irresistible tendencia de lo federal”, en *Tratado de Derecho a la Salud*, Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, Aldao, Martín (coordinadores), Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 1699-1706.

regular la materia de salud. En concreto, los arts. 1 al 12 y 19 y 20 atañen a materias de regulación de las provincias desde su poder de policía para cuestiones de salud.

Complementariamente, la ley 27610 ordena en el art. 13 algunas medidas vinculadas con la cuestión educativa, en las que también las provincias conservan el poder que no delegaron a la Nación. Nos remitimos al comentario hecho en ese artículo.

El problema federal que afecta a la ley fue señalado claramente por los Decanos de las Facultades de Derecho: "A todo lo anterior se agregan, como en el proyecto rechazado en 2018, la pretensión de imponer a las Provincias una legislación de "orden público" en materias como la salud y la educación cuyo ejercicio se han reservado constitucionalmente al menos en forma concurrente, lo que exige su adhesión antes de intentar imponer leyes nacionales al respecto. Esto supone, además, atentar contra los derechos de la familia que, en materia educativa, por ejemplo, se encuentran especialmente amparados por los tratados internacionales sobre derechos humanos que la Nación ha ratificado. Y, por supuesto, un "orden público" que de modo sesgado pero indudable avanza sobre la libertad de conciencia tutelada claramente por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como sobre otras libertades fundamentales también garantizadas por dicha norma fundamental, amenazando con "sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda" a las personas humanas o jurídicas que, en determinados supuestos, no cumplan con obligaciones que este proyecto de ley pretende imponer coactivamente en violación también a principios fundamentales del derecho"<sup>125</sup>.

La objeción federal a la ley también fue señalada el 15-12-2020 por el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Pablo Garat, en su exposición ante las comisiones de Senado: "podríamos estar, acá, discutiendo el Código Penal: si esto es o no un delito; si debe o no obligarse a la mujer, eventualmente, a cumplir una pena. Pero, no: esto es lo secundario en el proyecto. Lo primario es la regulación de un derecho; de un derecho absoluto, sin proporcionalidad, que desencadena en la obligación de todo el sistema de salud pública en los tres niveles del Estado federal, con sus respectivos subsistemas –público, privado y de obras sociales–, para proveer la práctica abortiva, aún después de las 14 semanas de embarazo; ello, sin otro requisito más que el de invocar las causales previstas –sumamente amplias; a las que no tengo tiempo de referirme– y sin tutela alternativa alguna del niño por nacer a partir de la semana 22 o 24. Entonces, acá hay una segunda cuestión constitucional: se impone –en contra nuestro régimen federal– a las provincias, en materia de salud pública y en materia de educación, al imponer con un "deberá" en los contenidos de la ESI, esta capacitación en el derecho al aborto y en el derecho a la práctica del aborto por parte de todos los niveles de gobierno. Esto contraviene... claramente, nuestro orden constitucional que, finalmente, se trata de rubricar con algo que es inadmisibile: que esta ley sea de orden público. O sea que no pueda oponérsele ninguna otra ley".

---

<sup>125</sup> Declaración de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Católicas, "Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar", 20/11/2020, disponible en <http://uca.edu.ar/es/noticias/ante-el-aborto-como-politica-pública-del-delito-de-aborto-al-derecho-a-abortar> (último acceso: 2-2-2021)

Ciertamente, la Nación tiene potestades concurrentes para intervenir en materia de salud a partir de la denominada "cláusula del progreso" (art. 75 incisos 18 y 19) y para garantizar los derechos humanos (art. 75 inc. 22 y 23 Constitución Nacional). Pero ello no anula las potestades provinciales en la materia. Además, la Nación no puede imponerle obligaciones a las provincias sin contar con su aprobación.

Desde los defensores de la ley, se alega que la Nación podría regular el acceso al aborto como parte de la garantía del derecho a la salud. Pero entendemos que este argumento no es admisible porque el aborto no es una práctica de salud y es una violación clara del derecho a la vida de la persona por nacer. Por otra parte, ello no podría significar que se obligue a las provincias a ofrecer el aborto como prestación en sus servicios de salud, ni modificar las normas sobre ejercicio de las profesiones de salud.

Algunas intervenciones fueron un poco más descalificadoras del federalismo, imponiendo una visión centralista que no responde al diseño constitucional de nuestro país. Así, Soledad Deza el 2-12-2020 afirmaba: "También a la sombra de discursos políticos que apelan a un falso federalismo para promover estándares de derechos más bajos en algunas provincias que se autoperciben provida". El tema es importante, porque como han explicado en un documentado estudio sobre la protección de la persona por nacer en el régimen jurídico argentino Juan Bautista González Saborido, Lucía Guastavino y Úrsula Basset, son muchas las Constituciones provinciales que protegen la vida desde la concepción<sup>126</sup>. Al respecto, el exsenador Eduardo Menem explicó que "lo que han hecho las provincias al establecer el derecho a la vida a partir de la concepción, ha sido seguir la doctrina tradicional, los principios tradicionales de nuestro Derecho, ya desde nuestra Constitución. O sea que no puede impugnarse porque es una cuestión del derecho público provincial y las provincias tienen atribuciones para determinar esos preceptos en lo que hace a la defensa del derecho a la vida" (exposición ante las comisiones de Senado, 17-12-2020).

En síntesis, el Congreso tiene competencia para sancionar reformas al Código Penal, pero la ley 27610 excede en mucho esa competencia y avanza sobre la forma de regular un pretendido derecho al aborto. Al hacerlo, ingresa en terrenos que son propios de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires. Las provincias podrían adoptar regulaciones propias sobre el tema, sin ingresar en la materia penal. Así ha venido sucediendo con los protocolos de abortos no punibles -más allá de las críticas que merecen- y con otras leyes en materia de salud. De hecho, en el fallo FAL la Corte Suprema exhorta a las autoridades provinciales a que dicten los protocolos en la materia. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de las consideraciones de fondo sobre la injusticia e inconstitucionalidad del pretendido derecho al aborto, por violentar el derecho a la vida de las personas por nacer y por otros problemas que señalamos en este trabajo.

---

<sup>126</sup> González Saborido, Juan Bautista, Guastavino, Lucía, Basset, Úrsula, "Protección de la Persona por nacer en el régimen jurídico argentino", UCALP, 2020. Ver también Basset, Úrsula C., Guastavino, Lucía, "El mandato de cada senador y diputado para debatir el aborto: Un panorama de las Constituciones Provinciales en materia de protección a la persona por nacer", El Derecho – Diario, Tomo 289, 28-12-2020, Cita digital: ED-MIII-916. Sobre el tema, ver también Possetto, Pablo César, *Aborto y derecho en Argentina*, Rosario, 2019, 136 páginas.

**Art. 22 – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.**

**a) La promulgación y veto parcial de la ley**

Como señalamos al comentar los artículos 4 y 16, la ley 27610 fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional por Decreto 14-2021 del 14 de enero de 2021 con observación de la palabra “integral” en dichos artículos.

La ley fue publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2020 y a tenor de lo dispuesto por el art. 5 del Código Civil y Comercial su entrada en vigencia se produjo el 24 de enero de 2021.