

Al Sr. Director del
Instituto de Estudios Jurídicos
Del Colegio de Abogados de Córdoba
S _____ / _____ D:

Córdoba, 31/07/2018.

El que suscribe, en su carácter de Director de la Sala de Derecho Aduanero, tiene el agrado de dirigirse a Ud. y por su intermedio al Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba, a fin de remitirle por esta vía el dictamen solicitado en relación al Proyecto de Ley sobre Despenalización del Aborto.

Si bien el área jurídica de la que se ocupa esta Sala no tiene una íntima relación con la temática en cuestión, celebramos la participación cursada a fin de garantizar el pluralismo de voces habida cuenta de la trascendencia social que reviste la misma.

I.- Introducción

El presente dictamen abarcará las siguientes cuestiones:

- a) Razonabilidad de la ley penal vigente; y
- b) Proporcionalidad del proyecto de ley en curso;

Mediante la primera se intentará analizar el bien jurídico protegido al amparo de la actual legislación, la razonable correspondencia entre el medio empleado y el fin pretendido y, en definitiva, la eficacia real de la norma.

Mediante la segunda se procurará indagar sobre los bienes jurídicos protegidos al amparo del referido proyecto de ley, la convergencia entre los mismos y la preeminencia legal de uno por sobre el otro en el caso de la existencia de conflicto.

Finalmente, expresaremos nuestra conclusión sobre la temática planteada.

II. Desarrollo

II.A.- Primera cuestión: ¿es razonable la ley penal vigente?

En lo que aquí interesa, conforme al artículo 88 del Código Penal vigente: “...será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible...”.

El Código Penal no define qué debe entenderse por “aborto”, por lo que debemos remitirnos al significado que brinda el entendimiento común. Según la Edición del Tricentenario del Diccionario de la Real Academia Española se entiende por aborto a la interrupción natural o

voluntaria del embarazo (2º acepción). Consecuentemente, se penaliza a la mujer que ejercita dicha interrupción voluntaria del embarazo en la medida en que consiga provocarla.

Si bien desde una primera aproximación entendemos que el bien jurídico protegido es la vida humana advertimos que no existe en el Código Penal o en el Civil una definición de dicho término. Sí en cambio, en este último cuerpo normativo se expresa que la “existencia” de la persona humana ocurre desde la concepción. Con lo que parecería que el bien jurídico protegido por la norma penal es la existencia humana. No obstante, dicha existencia y los derechos y obligaciones del concebido están sujetos a la condición resolutoria del nacimiento con vida de aquel; pues si no nace con vida se considera que nunca existió (art. 21 CCCN).

Sin perjuicio de ello, el art. 4º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), de jerarquía constitucional en la medida en que se complementen con los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 de la CN), regula expresamente el “Derecho a la Vida”, y en su apartado 1º preceptúa: “...*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...*”.

La diferencia terminológica entre la normativa local -derecho a la existencia- y la convencional -derecho a la vida- no puede repercutir en desmedro de la aplicación de esta última cuando como es sabido y según lo sostiene nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, rige la presunción de operatividad de las normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos: “...*el tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que -se presume- pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. ... La mencionada presunción cede cuando la norma bajo examen revista un carácter nítidamente programático*” (CSJN. E.64.XXIII Recurso de hecho “Ekmedkjian c/ Sofovich”).

No obstante ello, el art. 4º del CADH posee límites que: a) se encuentran contenidos en su propio texto que admite la posibilidad de la existencia de excepciones: a.1) “en general” el derecho a la vida estará protegido desde la concepción -sin expresarse cuándo no lo estará- y a.2) “nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”, con lo cual a *contrario sensu* parecería admitirse la privación justificada de la vida, y b) se encuentran contenidos en virtud del principio de razonabilidad contemplado en el art. 28 de la CN y a cuyos términos aquel (el art. 4º) debe adaptarse para conservar su jerarquía constitucional. Por lo demás, no existe un derecho que pueda considerarse absoluto y ello incluye también al derecho a la vida. Pues éste puede converger con otros derechos y entrar en pugna, siendo el principio de razonabilidad, y la jerarquía legal, las herramientas para resolver el conflicto de derechos.

Sentado ello señalamos que existe razonabilidad cuando encontramos correspondencia entre el “medio empleado” y el “fin perseguido”. En la legislación penal vigente, el medio empleado es la “represión del aborto” y el fin perseguido es la “protección de la vida o de la existencia” de la persona humana.

Ahora bien, ¿cómo meritamos la correspondencia entre el medio y el fin? A partir de los efectos que genera la ley vigente. Como es de público conocimiento, la norma vigente produce en la realidad un efecto paralelo no deseado. Es decir, los abortos clandestinos. Pues ante el temor de ser perseguidas penalmente, algunas mujeres deciden efectuar la interrupción de su embarazo a escondidas poniendo en riesgo su vida. Ello deviene en algunos casos en la muerte de aquellas mujeres que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad por no poder acceder económicamente a una clínica en donde se practiquen ilegalmente estos abortos. Consecuentemente, la ley vigente, sancionada para proteger la vida de una “existencia” cuyos derechos serán irrevocablemente adquiridos de nacer con vida, termina por poner en riesgo y atentar contra la vida de una persona que resulta titular de derechos irrevocablemente adquiridos.

En función de lo hasta aquí manifestado entendemos que en la ley penal vigente no existe correspondencia entre el medio represivo empleado y el fin buscado o bien jurídico protegido.

Al margen de lo expresado y no existiendo un consenso social ampliamente mayoritario sobre el desvalor de la conducta punible y sobre el alcance del bien jurídico protegido, entendemos que resulta de aplicación la “Teoría del Error de Prohibición”, sostenida por Zaffaroni, según la cual se preconiza que si dentro de la misma jurisdicción y mismo fuero los juzgadores discrepan en orden a si una acción constituye o no delito, el eventual justiciable carece de certeza respecto a si su accionar se ajusta o no a derecho.

II.B.- Segunda cuestión: ¿es proporcional el proyecto de ley en curso?

En este acápite indagaremos sobre el cumplimiento del principio de proporcionalidad en los siguientes puntos:

- a) Resulta acorde al principio de proporcionalidad otorgar iguales derechos a una “existencia” que a una “persona”? En el caso de convergencia entre el derecho a mantener la “existencia” y la autonomía de voluntad ¿cuáles derecho debe proteger por la ley?
- b) En el caso de conflicto de intereses entre una “persona” que pretende realizarse un aborto y otra “persona” que debería realizarlo pero se niega a ello ¿cuál ejercicio de la autonomía de la voluntad debería proteger la ley? y
- c) Las excepciones al “derecho a la vida” consagrado en el art. 4º de la CADH ¿pueden tener el alcance de un “derecho al aborto” o sólo el correspondiente a la “no prohibición del aborto en determinadas circunstancias”? En su caso, de existir un “derecho al aborto” ¿ello resultaría acorde al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados?

- a) Entendemos que no es posible otorgar iguales derechos a una “existencia” que a una “persona”. Pues la primera tiene sujetos sus derechos a una condición resolutoria dado que si nace sin vida se considerará como si nunca hubiera existido, en tanto que la segunda ha adquirido de manera irrevocable sus derechos. Consecuentemente, consideramos que no nos encontramos en un plano de igualdad y que en caso de conflicto de intereses deben prevalecer los derechos de la madre; en el caso concreto la autonomía de la voluntad. No obstante ningún derecho, como hemos dicho, es absoluto. En este sentido, no es lo mismo que el ejercicio de la autonomía de la voluntad materna afecte a un feto de poco tiempo de gestación que depende exclusivamente del útero materno para sobrevivir, que, lo haga

respecto de uno que sí puede tener viabilidad si se extrajera del útero materno. Consecuentemente, en este último caso, debería priorizarse la protección de la vida de la existencia por sobre la autonomía de la voluntad de la madre.

-b) En este caso entendemos que concurren “personas” en igualdad de derechos en lo que respecta a la autonomía de la voluntad. Es decir que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la madre no podría bajo ningún aspecto condicionar el ejercicio de la autonomía de la voluntad del/ de la profesional de la salud a quien se le requiere la realización de la práctica abortiva. Consecuentemente, consideramos que de ningún modo se puede limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad del profesional de la salud requerido, sobre la base de la voluntad de quien pretenda abortar, y

-c) Las excepciones al “derecho a la vida” consagrado en el art. 4.1. de la CADH parecerían tener únicamente el alcance de una “conducta no prohibida” en determinadas circunstancias -no reguladas por la Convención- antes que el alcance de un opuesto tal como el “derecho al aborto”. Existe una diferencia de grado entre aquellas conductas que son prohibidas, las que son permitidas por no estar prohibidas y las que son exigibles en función de la titularidad de un derecho. Tanto las primeras -conductas prohibidas- como las terceras -derechos- exigen un reconocimiento expreso en la norma. En tanto que las segundas -conductas permitidas- no requieren de tal exigencia positiva por basarse en el principio de reserva. Consecuentemente y de acuerdo al texto de la Convención, consideramos que las excepciones al “derecho a la vida” sólo pueden tener el alcance de una conducta permitida bajo determinadas circunstancias -no especificadas- pero no la de un derecho. Por todo ello entendemos que no cabría la posibilidad de legislar en el derecho nacional un “derecho al aborto” sino sólo permitirlo en determinadas circunstancias en las que debidamente se tenga presente el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, de existir una norma interna que regule el “derecho al aborto”, estimamos que podrían incumplirse las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados al no cumplirse con el principio *pacta sunt servanda* y al oponerse como pretexto de incumplimiento de la normativa internacional la existencia de normativa nacional, supuesto contemplado por el art. 27 de la Convención referida: “...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

III.- Conclusiones

Por lo expuesto consideramos que:

1.- La norma penal vigente no cumple con el principio constitucional de razonabilidad por no existir correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido, a la par que no podría considerarse que en la actualidad exista acuerdo social sobre el bien jurídico a proteger.

2.- El proyecto de ley contempla sólo una clase de proporcionalidad que es aquella que refiere a la convergencia de los derechos de una existencia con los de una persona, pero no contempla la aplicación del mismo principio cuando converge la autonomía de la voluntad de la madre y el/la profesional de la salud requerido/a, limitándose injustificadamente la autonomía de éste/a último/a.

3.- En función del texto de la CADH, de jerarquía constitucional, no podría reconocerse mediante la legislación interna un “derecho al aborto” sino simplemente la “no prohibición” del aborto bajo determinadas circunstancias. Respecto del alcance de esta conducta permitida debe guardarse especial atención al principio de proporcionalidad. Una solución contraria a lo expresado podría también transgredir las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

4.- Por último y desde un punto de vista práctico, estimamos que una ley que reconociera un “derecho al aborto” podría no ser efectiva a la hora de su aplicación. Parecería que, ante la actual valoración social de la temática y la falta de un consenso general, pasar de una conducta que es penada como delito a otra que es reconocida y garantizada como derecho resulta poco gradual. Por ello entendemos que la no punición del aborto, o la permisión de la conducta, en las condiciones establecidas en el Proyecto de Ley, sería el grado normativo más acorde a la realidad social y jurídica en la que se encuentra inserta nuestra República en el plano internacional a raíz de la CADH.

Saludamos al Sr. Director atentamente,

Juan Pablo Rizzi.
Director de la Sala de Derecho Aduanero
Instituto de Estudios Jurídicos