

Córdoba, 02 de agosto de 2018.-

Señor Presidente del Colegio de Abogados de Córdoba

Dr. Héctor Oscar Echegaray

S/D

Pedro Eugenio Despouy Santoro, en mi carácter de Director de la *Sala de Derecho Penal Sustantivo* de este Colegio de Abogados, tengo el agrado de dirigirme a Usted elevando el presente DICTAMEN requerido en torno al Proyecto de ley de “Interrupción Voluntaria del Embarazo” con media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación.

Entre otras opiniones, he leído los dictámenes elaborados por las Salas de Derecho Constitucional y de Derecho Privado Patrimonial del Instituto de Estudios Jurídicos de este Colegio de Abogados, como así también las Declaraciones de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires.

Comparto, en general, los sólidos argumentos contenidos cada uno de dichos Dictámenes y Declaraciones, razón por la cual me remito a ellos para evitar repeticiones sobreabundantes; y esta Sala arriba a igual conclusión **pronunciándose en contra de la “legalización” del aborto contenida en el Proyecto de “interrupción voluntaria del embarazo”** traído a examen.

Agregaré, no obstante, algunas consideraciones que pueden resultar pertinentes para el análisis jurídico del polémico Proyecto:

Es uno de los artículos del Proyecto el que *engendra* -esencialmente- la discusión y controversia jurídica acerca de su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

En efecto, el primer párrafo de su art. 3° (en concordancia con el art. 7°) dice:

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

El segundo párrafo consagra excepciones (normas permisivas) similares a las del actual art. 86 incs. 1 y 2 del código penal las que, en principio y teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema en “F.A.L.”¹, no podrían calificarse de irracionales ni arbitrarias, en razón de que aparecen fundadas en **causas graves y excepcionales** sujetas al margen de valoración del legislador penal (esquema de preponderancia) frente a la “...**extrema conflictividad** de una situación que [...] consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus (...) Sólo en consideración a este contexto específico [la Corte se refiere aquí al actual art. 86 inc. 2° CP] **es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida**”, donde se pondera la “**la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad -v.gr., forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena-**” (CSJN, “F.A.L.”, Consid. 13° y 14 del voto de la Dra. Carmen Argibay. El resaltado me pertenece).

En dicho marco de **excepcionalidad** para autorizar un aborto “ético o sentimental” (art. 86 inc. 2 CP vigente), la Corte dejó aclarado que “...**la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante**” (“F.A.L.”., Consid. 14 del voto de la Dra. Carmen Argibay. El resaltado me pertenece).

Dicha hermenéutica del voto de la doctora Argibay suministra, a mi ver, claras pautas interpretativas que sirven aquí como argumento adicional para “reforzar” la conclusión adoptada en el presente dictamen.

Concretamente, siendo que el primer párrafo del art. 86 del Proyecto analizado no *define* ninguna “circunstancia excepcional”, “severo conflicto

¹ CSJN, “F.A.L. s/Medida autosatisfactiva”, 13/3/2012.

de intereses” ni “extrema conflictividad” en base a un esquema de ponderación de intereses entre bienes jurídicos fundamentales² para determinar, desde un punto de vista de la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos, la preferencia absoluta o preponderancia del supuesto derecho de la “mujer o persona gestante” a decidir abortar (art. 6º, Proyecto) en desmedro de **otro bien jurídico fundamental ajeno** y con suficiente tutela legal reconocida por el ordenamiento jurídico (vida del feto), **dicha formulación normativa del proyecto en cuestión (establecida como “cláusula de atipicidad”) deviene, desde mi punto de vista, inconstitucional por afectación del derecho a la vida y dignidad de la persona por nacer, entre otros**, tal como seriamente se explica y fundamenta en cada uno de los referidos Dictámenes y Declaraciones de las Academias Nacionales de Derecho.

Sin perjuicio de la concreta conclusión sobre el fondo del asunto, que hace eje en el citado art. 3º del proyecto en cuestión, me permito agregar algunas observaciones más en torno al texto analizado.

1.- El **art. 1º** del Proyecto sustituye el actual art. 85 del código penal estableciendo que el *sujeto pasivo* del delito de aborto (no consentido) puede ser una “mujer o persona gestante”; utiliza, reiterada e incorrectamente, esa conjunción disyuntiva con tintes discriminatorios: como si una “mujer” no fuera “persona”.

2.- El **art. 4º** del Proyecto sustituye el actual art. 88 CP. Su segundo párrafo merece la siguiente crítica. Se establece allí el beneficio de un sistema de condenación condicional **exclusivo** (no limitado a una primera condena) para la *“mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consistiere en que otro se lo causare cuando el mismo fuera realizado a partir de la semana quince (15) del proceso gestacional”*.

Ello, así planteado, implica una flagrante violación al principio de igualdad “de trato” ante la ley penal. Si una persona es condenada por un hurto simple dejándose en suspenso esa primera condena, la próxima, por cualquier delito, ya no podrá ser en suspenso debiendo cumplir en tal caso

² Cfr., F.A.L., Consid. 9 y 10 del voto del Dr. Petrachi.

ambas penas impuestas según el régimen general establecido por el art. 26 del código penal.

En cambio, si una mujer fuera condenada por el delito tipificado en el art. 88 del referido Proyecto, prima facie, no encontraría limitaciones para obtener repetidamente tal beneficio para ese mismo delito (incluso esgrimiendo los mismos motivos aceptados por el juez que impuso la primera condena que decidió dejar en suspenso).

Así, esa norma del Proyecto, de ser aprobada, generaría un trato discriminatorio de la ley penal (sin razones que lo justifiquen) para quienes causaren su propio aborto y para aquellas otras personas que cometan cualquier otro delito en relación al cual solo una vez podrán obtener dicho beneficio legal según el régimen *común* de condenación condicional (art. 26 CP).

Con este régimen “especial” de condenación condicional que establece el referido Proyecto, la pena de prisión establecida en el primer párrafo de su art. 88 sería inidónea para cumplir *eficazmente* el fin “preventivo especial” que debería tener: evitar la reiteración delictiva.

3.- El art. 9° del proyecto dice:

“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 7° 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”.

No logro entender, por ejemplo, cómo puede ser que una niña de 12 años de edad pueda prestar un “consentimiento” válido para interrumpir su embarazo porque tiene -según el Proyecto- “autonomía y libertad” para tomar esa *decisión*; pero a la vez, esa misma niña, según la ley penal, nunca tuvo autonomía ni libertad para consentir válidamente la relación sexual que originó el embarazo cuya interrupción “decide” luego consumar. Cuando de “violación” se trata, el art. 119, 1er párrafo CP, **niega a los menores de 13**

años valor alguno al “asentimiento” que puedan dar; son personas sexualmente **intangibles** carentes de capacidad para elegir libremente su “plan de vida sexual”: “La ley presume *iuris et de jure* esta falta de capacidad por la edad (sin admitir prueba en contrario), por lo que se trata de un sujeto pasivo de consentimiento irrelevante” (Arocena: 272).

Cómo puede ser entonces que estos menores carezcan de capacidad para “decidir y consentir libremente” *concebir* una vida pero si pueden -según el Proyecto- “decidir y consentir libremente” *extinguirla* interrumpiendo “voluntariamente” el embarazo.

Y cabe preguntarse qué sucedería con los derechos del padre (p.e., niño de 16 años) si su “interés superior” fuera que su novia (niña de 13 años) continuara llevando adelante el embarazo. Tendríamos entonces -al menos- el interés de preservar la “vida del feto” más el *interés superior* de otro niño (padre de 16 años) de ejercer su “derecho a la paternidad”. A pesar de ello, en tal supuesto, el Proyecto **autoriza** a la niña (13 años) a interrumpir el embarazo, lo que resulta lógicamente inaceptable en un esquema de ponderación de bienes jurídicos, a mi entender.

4.- El **art. 14** del Proyecto dice:

“Acceso. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud”.

En mi opinión, es aquí donde el proyecto revela el mayor defecto de técnica legislativa³, e incluso resulta incompatible con uno de los *finés* que pretende alcanzar: la realización del aborto “*seguro*”.

En efecto, hemos visto que el art. 1º sustituye el art. 85 del código penal; la tercera oración de su primer párrafo dice: “...*Los médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos u otros profesionales de la salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo sin consentimiento de la mujer o persona gestante sufrirán, además, inhabilitación por el doble del tiempo de la condena*”.

Al respecto, el art. 42 de la Ley de Ejercicio de la Medicina (17.732) enumera una serie de profesionales de la salud que realizan actividades de

³ Se utilizan términos imprecisos que no satisfacen el deseable mandato de máxima taxatividad (v.gr. “autoridad” -art. 2º-).

colaboración de la medicina u odontología. Entre ellos se encuentran los enfermeros, kinesiólogos, dietistas, fonaudiólogos, etc.

Por lo tanto, el art. 14 del Proyecto en cuestión permite, por ejemplo, que la interrupción voluntaria de un embarazo sea “realizada” (es decir, llevada a cabo, ejecutada) o “supervisada” (es decir, inspeccionada) por un **farmacéutico** (incluido como “profesional de la salud” por propio art. 85 del Proyecto) o un **kinesiólogo**, o un **pedicuro**, etc., lo que choca contra el sentido común y además resulta absurdo y contradictorio si se tiene en cuenta el pretendido *fin* de un “aborto *seguro*”, aunque ello sea una falacia, pues ninguna práctica abortiva es absolutamente “segura”, libre de todo riesgo.

En rigor, son los **médicos** los únicos profesionales de la salud que están en condiciones de *realizar* o *supervisar* una práctica abortiva en condiciones de relativa seguridad para la salud de la “mujer o persona gestante”, según lo determina la “Ley de Ejercicio de la Medicina” (cfr., arts. 2º, 1er párrafo y 13 Ley 17.732).

Además, no es un dato menor destacar que, si dicha disposición del texto del Proyecto fuera aprobada, podría dar lugar a la comisión de un **delito** por algún profesional de la salud **que no sea médico** y que, no obstante, “realiza” o “supervisa” la práctica abortiva (vg.r., “Ejercicio ilegítimo de una profesión” -art. 247 CP-).

Estas son, pues, algunas críticas al *texto* del “Proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo”, quedando sentada la posición de esta Sala **en contra de la “legalización” del aborto** contenida en dicho “Proyecto” examinado.

No obstante, dicha posición no implica desconocer que la “penalización” del aborto cometido por la propia mujer puede en ciertos casos quedar condicionada, por un lado, a la *necesidad* (o no) de aplicar la pena de prisión (v.gr., podría acreditarse un daño -a veces grave- en la salud física o psíquica de la mujer a raíz del aborto (síndrome post-aborto), lo que podría permitir un sobreseimiento por aplicación de algún “principio de oportunidad” -p.e.- una *pena naturalis* -cfr. art. 31 Ley 27.063; art. 13 bis, inc. 3º CPPCba. -); o bien quedar expuesta dicha punición a las vicisitudes del proceso penal que -a veces- podría conducir a igual pronunciamiento

desincriminatorio a favor de la persona abortante (v.gr., la denuncia de un hecho de aborto por parte del médico que realiza un legrado podría aparejar la nulidad del proceso penal por violación al secreto profesional -156 CP-; “Natividad Frías”; cfr. CSJN, “Baldivieso”).

Sin más que agregar por el momento, saludo al Sr. Presidente con distinguida consideración.

Atte.

Pedro Eugenio Despouy Santoro
Director Sala de Derecho Penal Sustantivo