



Dictamen N° 009/10

Superior Tribunal de Justicia:

I.-

La representación procesal de la menor A.G deduce recurso de casación (fs. 387/407 vta.) contra la Sentencia de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia que resolvió confirmar el punto 1 de la parte resolutive de la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 153/169 en cuanto no hizo lugar a la autorización para interrumpir el embarazo de AG, revocando a su vez la disposición de las medidas de protección de la joven embarazada y su grupo familiar allí dispuestas.

A fs. 408/501 vta., A.G por derecho propio y con el patrocinio letrado de Elio Guillermo Álvarez Defensor Público y María Candela Recio abogada adjunta, interpone recurso de casación e inconstitucionalidad, conforme los artículos 291 incs. "e" y "d", y 303 inc. 4 del C.P.C.C.CH contra el mismo fallo.

Que a fs. 514/515 ese Superior Tribunal de Justicia mediante Resolución registrada bajo el numero 13 de fecha 22 de marzo de 2010 declara bien concedidos los recursos de Casación y de Casación e Inconstitucionalidad aludidos.

A fs. 519 el Defensor General, Dr. Arnaldo Hugo Barone, Presenta Memoria - Mantiene Recurso y Fundamenta, manteniendo reserva del caso Federal.

A fs. 526/538 vta. presentan escrito "AMIGOS DEL TRIBUNAL".

Que a fs. 539 y vta. el Defensor General Subrogante, en calidad de Asesor en el marco de la representación promiscua establecida por el art. 59 del Código de fondo en materia civil, Dr. Alfredo Pérez Galimberti contesta la vista pertinente.

II.-

La resolución del caso implica fijar algunas posiciones en relación con varios temas. En primer término, habrán de efectuarse consideraciones en torno a la disposición del art. 86 del Código Penal de la Nación.

Adelanto que el principio de legalidad impone efectuar la interpretación más favorable. Ello nos lleva a concluir que en esta tarea debe adoptarse el criterio que más favorezca los supuestos de abortos no punibles.

El artículo 86 del Código Penal establece dos supuestos de aborto no punible, practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta: 1)- Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Indicado ello, resulta conveniente analizar los extremos contemplados en el art. 86 inc. 2º del C.P., pues a mi criterio el presente encuadra derechamente en el primer párrafo del inciso segundo del citado artículo.

La doctrina mayoritaria coincide en que el texto de la citada norma incluye dos supuestos de aborto, por un lado el eugenésico y por el otro el sentimental y esta división de modalidades surgen como consecuencia de las distintas interpretaciones y teorías elaboradas, que se dividen en tesis restrictiva y tesis amplia. La tesis restrictiva contempla sólo el supuesto de la despenalización del aborto en la mujer violada "idiota o demente", por entender que es la única posibilidad que otorga el texto de la ley ante su redacción sintáctica u ortográfica. Sin embargo esta conclusión no encuentra fundamento alguno en los principios del derecho penal o en la Constitución.

"Si concediéramos que la redacción del inc. 2 es ambigua sintácticamente y que por esta razón es dudoso identificar, a partir del texto, si hay uno o dos permisos, deberíamos entonces, recurrir a la primera regla de interpretación penal frente a la ambigüedad de las permisiones, el principio de legalidad. Este principio le impone al intérprete de la ley penal abstenerse de condenar si existe duda acerca de la intención penalizadora de la ley y de resolver a favor de la permisión cuando se encuentre frente a una norma que la contempla. En este caso como se trata de permisiones -contenidas en el art. 86 CPN-, debe estarse a favor de la interpretación más generosa, es decir, aquella que reconoce un permiso más amplio y no uno limitado. Lo contrario supondría una lesión a las garantías y los derechos reconocidos por nuestra ley suprema. ("El aborto no punible en el derecho



argentino" N° 09/ Abril 2009. Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel).

En este contexto, como bien se enfatiza en el trabajo citado; "...Estos principios indican que una lectura restrictiva de la despenalización del aborto en caso de violación sería equivalente a depositar una carga supererogatoria a la mujer a la que se le ha impuesto violentamente el embarazo, disposición que a todas luces resulta incompatible con un sistema jurídico liberal como el argentino, que no impone jamás deberes heroicos".

El aborto entonces, denominado "sentimental" requiere que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la integridad sexual de la mujer.

Así, comparto las posiciones doctrinarias que encuentran en este artículo la no punibilidad del denominado aborto sentimental, que resulta ser aquél cuyo embarazo ha sido producto de una violación. Esta posición implica afirmar que cuando el embarazo ha sido producto de una violación su interrupción voluntaria por parte de un médico diplomado con el consentimiento de la mujer no será punible penalmente.

En este sentido Jiménez de Asúa afirma que "los motivos sentimentales son los únicos que pueden alegarse para autorizar el aborto de mujeres encinta por causas de una violación. En caso de interrupción del embarazo para liberar a una mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, es decir, **personal**, no social" -la negrilla me pertenece- (Jiménez de Asúa, Luis, citado por Sandro Abradales y Javier de la Fuente en "El aborto no punible...", Revista de Derecho Penal, Ed. Mex, N° 1 Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe/04, p. 175).

En idéntica línea el Dr. Genaud en la Causa N° 98.830 - "R., L.M., NN Persona por nacer. Protección Denuncia" SCBA, de fecha 31/07/06, siguiendo un análisis axiológico de la normativa penal vigente, en tratamiento, dijo; "...Si el, embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación".

Concordantemente; "Aguirre Obarrio, en la actualización al libro de Molinario, criticaba a quienes sostienen la posición de rechazo a la autorización para los casos de violación, con fundamento en el derecho a la vida del ser en gestación, a lo que hacía notar que el Derecho permite y justifica matar al violador o al asaltante, al secuestrador o al ladrón, y no porque la honestidad, la libertad o la propiedad sean más importantes que la vida, sino porque son atacados ilegítimamente, con lo

que concluía que, jurídicamente, mas importante que la vida es el derecho a no ser agredido, agregando que si bien se trata de una vida inocente, también es inocente la mujer violada, que los padecimientos por estar embarazada de su violador deben ser tremendos y que, dar a luz, será gravísima la confusión sentimental que siempre la acompañará, agregando que la vida debe ser entendida no sólo de manera biológica sino también, existencial". ("Código Penal, Análisis doctrinario y jurisprudencial" Pte. Especial, T. 3, David Baigún-Eugenio Zaffaroni..., pag. 695/6).

Considero además que la decisión de cuáles son las conductas que deben ser tipificadas como delitos y que son merecedoras de reproche penal y castigo consecuente, corresponde al Congreso de la Nación, que ha mantenido vigente la redacción del mencionado art. 86 del Código Penal aún con posterioridad a la reforma Constitucional de 1994.

Debo destacar además que, a mayor abundamiento, tampoco encuentro que esta disposición normativa que excluye la punibilidad de la conducta, bajo las circunstancias que se indican, no ha sido derogada tácitamente -como afirma el voto del Dr. Alexandre- ni violenta las normas supraconstitucionales, constitucionales y legales que reconocen la protección de la vida desde la concepción.

Es claro que ningún derecho es absoluto y que corresponde al legislador evaluar la decisión a adoptar cuando otros derechos ingresan en la ponderación.

Es dable resaltar al respecto el análisis efectuado por la Dra. María del Carmen Falbo, en oportunidad de dictaminar en los autos arriba citados, "...Esta protección de la vida humana en diferentes grados resulta totalmente legítima y constitucional. Ello así, porque el legislador obró en el marco de sus atribuciones ..., ningún derecho por más vital que sea, es absoluto... ejemplo de ello es que, la protección del derecho a la vida, es enteramente compatible con la regulación de la legítima defensa, como causa de justificación que permite, cuando se den los requisitos exigidos por la ley, la muerte del agresor".

"Desde este punto de vista, en la mayoría de los ordenamientos se establece una diferencia entre la vida de la persona nacida y de la persona por nacer, resguardándose con mucha mayor intensidad a la primera". (Sandro Abradales y Javier E. de la Fuente, "El aborto no punible en el sistema de las indicaciones", op. Cit., pag. 168). Esto se advierte a poco de analizar las conminaciones penales del homicidio y del aborto, es evidente que "a pesar de que nuestro ordenamiento protege la vida desde la



concepción hasta la muerte, cambia la fuerza de protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte y menor desde la concepción hasta el nacimiento. (Edgardo Donna, Derecho Penal, Parte Especial, 2° Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, T.I, pag. 166).

Desde este enfoque, considero que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones en su voto mayoritario, han desviado la aplicación de la ley en el caso, circunstancia que vicia la resolución adoptada.

Otro punto sobre el cual habrá de expedirse V.E. implica definir cuál es el alcance del pronunciamiento que corresponde dictar. Advierto en este orden de ideas que se encuentran en el caso acreditados los extremos mínimos que deben exigirse para que se verifique la no punibilidad de la acción del aborto sentimental, por cuanto existe un proceso penal por el delito de violación, que se encuentra en la etapa de la investigación preparatoria.

Ahora bien, la cuestión es si la práctica médica debe ser autorizada judicialmente; considero que, con ciertos recaudos, dicha autorización podría ser conferida, dejando aclarado que la misma no resulta exigible, toda vez que no se encuentra expresamente contemplada en la ley, tal requerimiento implicaría inmiscuirse en un ámbito que le es ajeno totalmente, violando los principios y garantías constitucionales. Me explico: verificadas las circunstancias previstas por el legislador penal en el art. 86, el aborto no será punible penalmente. Como sostuve, se trata de una decisión del Legislador Nacional. El principio de reserva importa afirmar que las conductas que no están prohibidas están permitidas, de modo que es la propia ley la que habilita a los médicos diplomados a realizar la práctica.

Sin perjuicio de ello, llegado el caso a esta instancia, observando que se han presentado los recaudos de exculpación, entiendo que podría declararse ello expresamente en la resolución como una suerte de medida declarativa: la práctica no sería objeto de pena, por estar enmarcada en una norma exculpatoria.

En lo demás, deberá quedar bien en claro que los procedimientos a aplicar, los riesgos médicos a evaluar y la posibilidad de realizar la práctica en relación con la evolución de la gestación resultan ser resorte exclusivo de los médicos diplomados que traten a la AG.

En suma, soy de opinión que correspondería revocar la sentencia objeto de recurso,

dictando un pronunciamiento conforme la solución que propicio.

Procuración General, 04 de marzo de 2010.