

PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Prof. Adolfo Moreno

(Primera Parte)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo reciente de fecha 13 de marzo de 2012, (F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva) viene a aclarar la interpretación del art. 86 inc. 2 del C.P. (abortos impunes), problema de antigua data, si tenemos en cuenta que su redacción es originaria del Código Penal de 1921.

Este fallo no solamente se refiere a la cuestión dogmática, sino que además aborda temas de tipo constitucional, procesal y lo que es más importante de tipo práctico, sobre todo en una situación que el plazo es tan efímero comparado con los plazos judiciales.

En apretada síntesis el hecho que llevó al decisorio del cimero Tribunal es:

A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut- ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquella, por la violación de A.G.- que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el art. 86, incisos 1º y 2º del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G cursaba la octava semana de gestación.

El Juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la Fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia como en la cámara, no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., *“presentaba síntomas depresivos..(e) ideas suicidas persistentes” y que “ el embarazo e(ra) imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...”* p

or lo que estimó que

“la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la (niña) implica(ba) grave riesgo de vida”

Conforme el Equipo Técnico Interdisciplinario.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional; y c) que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew.

Esa decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación de *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor *Ad-litem* y Asesor de Familia e incapaces, que fue concedido, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: *“Corresponde al Congreso:...Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”* Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: “

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de sus persona”;

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º:

" Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"

, y artículo 4º:

"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";

Declaración universal de los Derechos humanos, artículo 3º

:" Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona",

y artículo 6º:

" Todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica";

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º :

" El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente";

Convención de sobre los Derechos del Niño, Preámbulo:

"El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

, artículo 1º:

" Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"

, y artículo 6º:

"Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida"

).

Radicada la causa ante la C.S.J.N. se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada, al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado –víctimas de violaciones- debían ser considerados como abortos no punible, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86 , inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida. En ambas presentaciones se petitionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos

Amicus curiae

que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta.

La Corte consideró que para el ejercicio de su jurisdicción no resultaba obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Luego de un extenso análisis, el Supremo Tribunal consideró que el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, es de aplicación para el caso que el embarazo provenga de una violación, de una idiota o demente o de una mujer sana.

Por lo extenso del tema, en esta primera entrega vamos a analizar el alcance que la doctrina le ha dado al artículo 86 del Código Penal desde su incorporación al Código de 1921.

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

Cabe aclarar, como bien dice Terán Lomas, es más apropiado designar a estos casos como abortos justificados antes que impunes, ya que son hipótesis de verdaderas causas de justificación, comunicables también a quienes cooperen con los médicos diplomados que lo practiquen.

De antigua data son dos posturas, la tesis restringida y la tesis amplia. La primera seguida por Peco, Nuñez, Creus, Oderigo, considera que solamente es aplicable el inciso 2º a la mujer idiota o demente y la segunda sustentada por Jiménez de Asúa, Ramos, González Roura, Soler, Fontán Balestra, Molinario, que es de aplicación tanto a la mujer sana que haya sufrido una violación como a la mujer idiota o demente.

Todos están de acuerdo que la fuente del artículo 86, es el artículo 112 del Proyecto de Código Penal suizo de 1916 que reza: *“El aborto practicado por un médico titulado, y con el consentimiento de la embarazada, no es punible. Si se ejecuta para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios. Si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”*.

Como vemos la hipótesis de embarazo para el proyecto suizo, contempla casos de violación,

no sólo de la mujer idiota o demente, por que además prevé que la víctima sea enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto, situaciones contempladas en nuestro artículo 119 del C.P.

Este proyecto, contempla la impunidad para el aborto terapéutico, eugenésico y, sentimental.

Los proyectos de 1937 (art.125), de 1941 (art.121) y de 1960 (art. 120) establecen la impunidad del aborto sentimental. La Exposición de Motivos del Proyecto de 1941 fundamenta la justificación diciendo “*El vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa*”. (Estrella – Godoy Lemos, Código Penal, Parte Especial).

Del análisis de la actual redacción del inciso 2º del artículo 86 (redacción originaria del Código de 1921), no deja lugar a dudas sobre la aplicación del justificante, sea la víctima mujer sana o idiota o demente.

Cuando se refiere al embarazo proveniente de un atentado al pudor de una idiota o demente, sigue el lineamiento del proyecto suizo que receptó la norma de la legislación alemana, que al delito de violación a una mujer idiota o enajenada le llama *Schändung*, que en la versión francesa se traduce *atentad à la pudeur d’une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*.

En un razonamiento lógico, ninguna mujer, sana o idiota o demente, puede quedar embarazada por un atentado al pudor, término que nuestra legislación le daba al abuso deshonesto; en esta acción no hay acceso carnal, por lo que resulta difícil entender un embarazo sin acceso, y mucho menos en la época en que se redactó el Código Penal argentino (1921) y, de seguro que en la violación, actual abuso sexual con acceso carnal, puede devenir en un embarazo.

De este razonamiento, se colige que nuestro inciso 2º del artículo 86 contempla las dos situaciones, violación a una mujer sana, y violación a una mujer idiota o demente; claro está que siempre una relación sexual con una idiota o demente es violación, por que su consentimiento nunca será válido. Entonces nos debemos preguntar: por qué el legislador iba a prever dos acciones distintas para una misma situación?.