

Aborto en el proyecto de Código Penal de la Nación 2019

O sobre cómo profundizar la violación de derechos humanos penalizando

Alejandro Osio¹

En este aporte nos ocuparemos de realizar un análisis comparativo entre el capítulo de Aborto del proyecto de código penal que se ha presentado al Congreso de la Nación Argentina el día 25/03/19² y el Código Penal vigente³, y su contrastación con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos frente a los cuales Argentina está en franco incumplimiento⁴ y pareciera que ello en vez de ser solucionado, pretende ser profundizado. Muestra de ello son los retrocesos que pretenden implementarse con la ampliación del poder punitivo del capítulo referido en el proyecto de mención de acuerdo a lo que podrá verificarse a continuación donde, sin ánimo de exhaustividad, nos ocuparemos de los principales problemas que plantea la legislación proyectada.

Si algunas cuestiones quedan claras son que se pretende ampliar el poder punitivo hacia personas gestantes y servicios de salud, alimentar la clandestinidad y judicialización de los casos, profundizar el incumplimiento con el acceso a derechos humanos como la vida, la salud integral y en particular sexual y reproductiva entre otros, desconocer los avances de la discusión llevada cabo durante 2018 en el seno del mismo Congreso de la Nación en que se presenta el proyecto y los consensos mínimos logrados, desconocer los avances de la doctrina, jurisprudencia, normatividad y sobre todo las realidades respecto del reconocimiento y acceso a los derechos de las personas gestantes en general, y de las mujeres en particular, y producir una legislación que de tan retrógrada supera en varios supuestos al Código de 1921, como si nada hubiera pasado en casi 100 años en torno a estas cuestiones.

Expresión de motivos del proyecto.

En la expresión de motivos que se adjunta al proyecto⁵, claramente el aborto no ha sido una de las cuestiones centrales (ver p.11), tampoco aparece dentro de las principales reformas

¹ Docente e investigador de la UNLPam, Defensor Oficial en lo Penal y de Ejecución de Santa Rosa (La Pampa) y miembro de la Asociación Pensamiento Penal.

² Presentado al Senado de la Nación el día 25/03/19, Proyecto n° 52/19.

³ Ley 11179 (B.O. 29/10/1921. Texto Ordenado por Decreto n° 3992/84.

⁴ Para profundizar sobre ello nos remitimos a nuestro aporte "Interrupción voluntaria del embarazo y Abortos no Punibles Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46782.pdf>

⁵ Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/03/legislacion47485.pdf>

proyectadas en materia de violencia de género (ver p.17), y aparece tangencialmente a páginas 24/25 con el siguiente contenido:

“Se mantienen las causales actuales de aborto no punible con una redacción superadora que recepta la jurisprudencia de la CSJN (Fallo: “F.A.L.”, F. 259. XLVI. del 13/3/2012), cuando el embarazo provenga de un abuso sexual (se reemplaza la referencia a la “violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente” por “abuso sexual”, siguiendo la terminología actual). Queda incluido cualquier embarazo producto de un abuso sexual.

Se contempla el aborto no punible cuando sea con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Con respecto a la sanción impuesta a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare, se prevé la posibilidad de que el juez disponga que la pena de prisión –que podrá ser de 1 a 3 años- se deje en suspenso o que la exima de ella, teniendo en cuenta los motivos que la impulsaron a cometer el hecho y su naturaleza, su actitud posterior y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad. Además, se tipifica el aborto imprudente -con excepción de aquél causado por la mujer embarazada, que no será punible-, las lesiones ocasionadas a la persona por nacer, así como también los tratamientos médicos no consentidos y la violencia obstetricia.”

Comparación con la legislación vigente y vulneración de los mandatos internacionales de los organismos de derechos humanos.

Ubicación en el texto: “LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS. TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Capítulo 1 Delitos contra la vida.”

Artículos proyectados:

“ARTÍCULO 85.- El que causare un aborto será penado:

1º) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta a quince QUIINCE (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a SEIS (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”⁶

Los supuestos aquí previstos, en lo sustancial, no cambian respecto a la legislación actualmente vigente. Mantienen la misma pena, sólo que se quita la pena de reclusión y sólo

⁶ En la exposición de motivos se indica sobre este artículo que “Se mantiene la redacción”, p. 82.

prevé la pena de prisión. Aunque debemos decir que la pena de reclusión es una rémora casi por completo formal pues en la Ley Nacional 24660 ya no existe, manteniendo su vigencia sólo en torno al cómputo de prisión preventiva -art. 24 del CP-, pero prácticamente inexistente en la praxis).

Cambia el vocablo MÁXIMUM del CP vigente por MÁXIMO en el proyectado.

Se mantiene al vocablo ABORTO sin conceptualizar en el artículo 77 donde se incluyen las definiciones, y por ende sin determinación posible con la precisión que el artículo 9 de la CADH exige en torno al principio de legalidad conforme lo ha interpretado la CorteIDH en el caso “Kimel c/ Argentina” entre otros. Por lo cual mantiene la inseguridad jurídica consistente en que sea de imposible precisión la conducta punible y por ende el alcance de toda la normativa de este capítulo y su delimitación precisa del capítulo anterior en el cual se prevén los homicidios y femicidios, y del posterior que regula las lesiones a las personas por nacer.

Este término que mantiene una ambigüedad indeterminable ha dado no pocos problemas a lo largo de su aplicación por suponer hechos que van desde dar o producir la muerte de un feto en el seno materno hasta la expulsión prematura y/o violenta del feto con resultado muerte, que de producirse fuera del cuerpo de la persona gestante es de imposible distinción objetiva con el infanticidio y hasta con el homicidio o femicidio según el caso, y de acuerdo a la interpretación del vocablo OTRO que el proyecto mantiene para esos tipos penales.

Al mantener el lenguaje sexista de la legislación vigente en torno a la persona gestante utilizando el vocablo MUJER no incorpora la terminología adecuada en torno a la Ley de Identidad de Género 26473/12 y contradice claramente su paradigma. Esto se mantiene en todo el capítulo, y el lenguaje sexista del patriarcado se puede verificar en todo el texto del proyecto.

Pero además, la utilización del vocablo MUJER en todo este capítulo coloca en situación de incertidumbre tanto a profesionales de la salud como a personas gestantes no mujeres en los términos de la ley referida, lo que genera una situación de inseguridad jurídica irresoluble frente al poder penal del estado y/o la aplicación de las normas sólo al caso de mujeres, en clara violación a los principios de humanidad, igualdad y no discriminación constitucionales-convencionales.

“ARTÍCULO 86.- 1. Se impondrán las penas establecidas en el artículo 85 e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, a los médicos, cirujanos, parteras o

farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible:

1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º) Si el embarazo proviene de un abuso sexual.”

Este artículo mantiene el lenguaje sexista referido, como así también la referencia a MÉDICOS, CIRUJANOS, PARTERAS O FARMACÉUTICOS, que no sólo contiene una carga peyorativa hacia las mujeres por la discriminación que implica al referirse en masculino a los tres profesionales diplomados y en femenino a la única que no persona no titulada en su origen, sino que también implica una conceptualización desactualizada respecto al estado actual de las disciplinas médicas y auxiliares, como así también respecto de otras previsiones legales actuales del CCyCN y las leyes complementarias y protocolos del ámbito de la salud.

Restringe el concepto de SALUD que en la ley vigente no se encuentra restringido a los aspectos físico y mental como hace el proyecto, dejando afuera el concepto integral de salud conformada por los aspectos físicos, mentales, morales y sociales de manera compleja, de acuerdo a la CIDESC, la observación general 22 del Comité DESC y la OMS, mandatos internacionales de obligatorio seguimiento por parte de Argentina.

Esa restricción del contenido del concepto integral de SALUD en el ámbito de la no punibilidad implica una ampliación del poder punitivo claramente regresiva en comparación con la legislación vigente desde el año 1921, pero que tiene su raíz en el anteproyecto de código penal para suiza de 1912. Es decir que se retrocede conceptualmente y de manera ampliatoria de la punibilidad en más de 100 años en relación al acceso a interrupciones legales de embarazos cuando la salud de la persona gestante está en juego.

En la exposición de motivos del proyecto esa restricción queda clara al citar como concepto de salud el Protocolo de San Salvador, la Constitución de la OMS y otros instrumentos que imponen el concepto integral de salud, pero explican del siguiente modo la restricción: *“la Comisión decidió que las causas que pueden provocar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada y, por ende, tornar no punible el aborto se deben ceñir a circunstancias “físicas” o “mentales”, siguiendo la terminología de la OMS y del “Protocolo de San Salvador”. Sin embargo, se apartó del concepto integral de salud en cuanto recepta el bienestar “social”. En definitiva, tal como sucede en la actualidad, la carencia de recursos económicos o alguna otra circunstancia social no configurará un motivo que torne no*

punible la conducta de practicar un aborto. La Comisión no pretende introducir cambios significativos en esta temática, sólo efectuar algunas modificaciones terminológicas tendientes a determinar en mejor medida y en función del principio de legalidad los alcances de la norma.”. (p. 83)

Luego (p.83/85) se cita parcialmente doctrina y jurisprudencia que da sustento a afirmar que el concepto peticionado encuentra sustento en normativa internacional, nacional, doctrina y jurisprudencia cuando claramente ello no es así pues por ejemplo sólo la normativa internacional ya impone el concepto integral de salud y por ende es ese el concepto que debió seguir tanto la legislación nacional, como la doctrina y la jurisprudencia en los términos de los principios pacta sunt servanda, buena fe, pro persona, derecho al mejor derecho y de humanidad como así también por virtud del art. 27 de la Convención de Viena.

Si bien el concepto EMBARAZADA que reemplazaría al actualmente vigente ENCINTA, implica la exclusión de la tipicidad de aborto en casos de concepción extrauterina conforme a la doctrina del fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica” de la CorteIDH, ello se viola luego en el capítulo 3 al no conceptualizar a las PERSONAS POR NACER y por ende su interpretación amplia puede incluirlas, lo que erige en sujeto de derechos a un ente que no tiene acogida normativa en las normas del derecho internacional de los derechos humanos por oposición a una que sí (la persona gestante) y en ámbitos en que el estado está obligado a asegurar sin riesgos o con la mayor reducción de riesgos posible el acceso a derechos sexuales y reproductivos.

La referencia en el inciso 2 a ABUSO SEXUAL (definido en los artículos 119 y ss del mismo proyecto), que reemplazaría al actualmente vigente VIOLACIÓN O ATENTADO AL PUDOR SOBRE MUJER IDIOTA O DEMENTE, implica la incorporación de ese solo baremo del fallo “FAL” de la CSJN (13/03/12), pero no el resto de los estándares jurídicos allí contenidos en torno al aborto no punible y los derechos sexuales y reproductivos de las personas gestantes, lo cual también implica un retroceso en este tópico, al menos hasta antes de la existencia de esa decisión del máximo tribunal del país en materia constitucional y convencional.⁷

En el texto proyectado también se quita la parte final del inciso 2 vigente que exige EN ESTE CASO, EL CONSENTIMIENTO DE SU REPRESENTANTE LEGAL DEBERÁ SER REQUERIDO PARA EL ABORTO que claramente en la actualidad es abiertamente

⁷ El texto proyectado fue la postura mayoritaria en la comisión según se dejó constancia a p. 85/87 de la exposición de motivos, pero hubo dos textos más propuestos, uno que incluía plazo para la interrupción de 12 semanas y otro un sistema de consejería y asesoramiento que no prosperaron.

incompatible con las normas de la Constitución Nacional (Art. 19) como del CCyCN tanto en la terminología utilizada como en el requisito de ineludible exigencia que impone, lo que puede considerarse como uno de los pocos aciertos del capítulo proyectado.

“ARTÍCULO 87.- 1. Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, al que con violencia causare un aborto sin haberse representado esa consecuencia, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare.

2. Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y, en su caso, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que causare un aborto por imprudencia, negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. El aborto imprudente causado a si misma por la mujer embarazada no es punible.”⁸

En el primer inciso de este artículo se agrava la pena de 6 meses a 2 años de prisión actualmente vigente, elevándose a una que va de 1 a 3 años de prisión en el proyecto, lo cual muestra una vez más el tinte punitivista del texto.

También se modifica el presupuesto típico que ahora consiste en SIN HABER TENIDO EL PROPÓSITO ESPECÍFICO DE CAUSARLO (lo que implica un análisis restringido en torno a la finalidad exigida, compatible con la exclusión del dolo directo) por el mucho más amplio de SIN HABERSE REPRESENTADO ESA CONSECUENCIA (lo que implica un análisis simple de representación del resultado) y que profundiza los inconvenientes ya de por sí inevitables en la praxis respecto de los elementos subjetivos de los tipos penales, flexibilizando el requisito exigible. Esto implica un motivo más que conspira contra el principio de última ratio del poder punitivo.

El inciso segundo prevé la penalidad para el aborto culposo que no existe en la legislación vigente, lo que implica una muestra más del tinte punitivista del texto, aunque incluye la no punibilidad para la mujer en ese supuesto, que ahora tampoco existe, pero que en semejante marco aparece como saludable.

“ARTÍCULO 88.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer embarazada de causar su propio aborto no es punible.

⁸ Esta norma que implica novedades legislativas es destacada por ello en la exposición de motivos, p. 87/88.

El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirla de ella, teniendo en cuenta los motivos que impulsaron a la mujer a cometer el hecho, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad.”⁹

Si bien este artículo baja la pena máxima prevista en abstracto que en la legislación vigente es de 1 a 4 años de prisión, y mantiene la tentativa no punible al igual que en el código vigente, crea una facultad discrecional a cargo del tribunal interviniente (al que denomina de manera sexista JUEZ) de acuerdo a cuatro variables de insusceptible precisión en sus contenidos y límites, lo cual claramente vulnera el principio de legalidad, pero además genera un estado de cosas en la normatividad de tal vaguedad que en la facticidad producirá obstáculos para su aplicación con algún grado de previsibilidad en torno a la seguridad jurídica frente a una posible sanción penal, lo cual claramente alienta la clandestinidad de las prácticas abortivas y la arbitrariedad judicial derivada de la indeterminación de la norma aplicable. Precisamente lo contrario a lo que está obligado el estado en clave de derechos humanos (OG 22 del Comité DESC, Informe Final sobre Argentina 01/06/18 del Comité CIDN por nombrar algunos instrumentos internacionales específicos que luego ampliaremos).

“Capítulo 3

Lesiones a la persona por nacer”

Este capítulo erige en sujeto portador del bien jurídico integridad física susceptible de afectación con relevancia penal a la “PERSONA POR NACER”, lo que aumenta la amenaza penal y por ende la posibilidad de ejercicio del poder punitivo del estado sobre las personas gestantes y sobre las que puedan o deban intervenir en los servicios de salud públicos, privados o mixtos, lo cual claramente alimenta el aumento de la clandestinidad en las prácticas y la judicialización de las que puedan realizarse en el marco de la ley como no punibles, todo lo cual contradice no solo lo resuelto por la CSJN en el fallo “FAL” en torno al principio a los principios de última ratio del poder punitivo, de reserva, de igualdad y de no discriminación, sino también las obligaciones jurídicas del estado como tal hacia adentro y hacia afuera (Arts. 18, 19 y 75.22 y 23CN, y O.G. 22 Comité DESC, Inf. Final sobre Argentina Comité CIDN, y otros instrumentos que detallaremos al final), aun cuando el resultado no fuera la muerte pero la situación sea encuadrable en el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud (física, mental, moral, social, sexual y reproductiva), a la disposición del

⁹ Este agregado es destacado por la comisión a p. 88 de la exposición de motivos.

propio cuerpo y otros derechos que luego detallaremos en el marco de una gestación en ciernes.

Pero además, el proyecto lo hace sin siquiera conceptualizar a la PERSONA POR NACER¹⁰ sino que se remite al artículo 24 del CCyCN que tampoco la define sino que la considera en su inciso a) como incapaz de ejercicio, lo cual coloca a las personas intérpretes en la imposibilidad de delimitar con claridad su contenido y límites. Por ejemplo, en una interpretación lo más amplia posible –aunque parcial por prescindir del artículo 21 del CCyCN- en relación a su origen, ingresaría en la conceptualización de persona por nacer el óvulo fecundado fuera del cuerpo de una persona gestante pues el artículo 19 del CCyCN especifica que la existencia de una persona humana comienza con la concepción. Ello claramente iría en contra de lo resuelto por la CorteIDH en el fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica” aplicable a Argentina por decisión de ese mismo Tribunal en el fallo “Gutiérrez y familia vs Argentina” (p. 78).

Es oportuno destacar que la remisión realizada por la comisión no sólo que es inadecuada por referirse a la capacidad de ejercicio y no a la entidad de la persona por nacer, sino que además es parcial e insuficiente para fundamentar las normas de este capítulo, puesto que si bien el CCyCN regula el sistema de capacidades en los artículos 22 a 24, las definiciones de persona humana están en los artículos 19 a 21, y este último impone que “*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 nunca existió. El nacimiento con vida se presume.*”

Por lo cual, del artículo que regula las incapacidades de ejercicio no se deriva como consecuencia ni siquiera remota el sustento para erigir en titular del bien jurídico integridad física a la persona por nacer a los efectos de la legislación penal, sino que el marco de definiciones está dispuesto por los artículos 19 a 21 del CCyCN comprendido en los términos del Art. 4 de la CADH (interpretado como lo ha hecho la CorteIDH en tanto último intérprete de esa convención) como así también de la CIDN en los términos delimitados por su propio Comité, que, como vimos y puede constatarse en los instrumentos más abajo citados, no imponen lo que el texto proyecta. Tal interpretación desde el derecho internacional de los derechos humanos no es antojadiza sino la que impone el propio CCyCN en su artículo 2.

¹⁰ En la exposición de motivos sólo se indica al comentar el artículo 95 que “Se introducen las lesiones a la persona por nacer conforme a la denominación del artículo 24 del Código Civil y Comercial de la Nación, que hoy en día no están previstas en nuestra legislación penal.” (p. 90) y luego nada se argumenta sobre los demás artículos del capítulo (ver p. 90/91).

“ARTÍCULO 95.- Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, al que causare a una persona por nacer una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave afectación física, o mental.”

En este artículo nuevamente el proyecto remite para su determinación a conceptualizaciones de insusceptible precisión en abstracto, generando espacios de arbitrariedad judicial debido a la utilización, primero de una estandarización de normalidad de imposible delimitación (¿qué es y/o qué implica un NORMAL desarrollo en cada caso?), y luego en la exigencia de una gravedad de imposible delimitación (¿qué, cómo y cuánto es que perjudique GRAVEMENTE y que provoque una GRAVE afectación?), lo que resulta claramente violatoria del principio de legalidad en su manifestación de máxima taxatividad legal, pues la legislación penal debe ser lo más precisa posible y el Congreso de la Nación debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la letra de la ley sea clara precisa y circunstanciada a fin de que tanto la comunidad receptora de la norma como quienes deban hacerla cumplir puedan determinar con precisión las conductas previstas bajo sanción penal pues lo no penado conforma el espacio de libertad autónomo de cada quien (fallo “Kimel vs Argentina” de la CorteIDH y arts. 19 y 75.22 CN y 9 de la CADH). Nuevamente se generan con ello espacios de arbitrariedad judicial que alimentan la clandestinidad y judicialización en vez de coadyuvar a su reducción para evitar morbimortalidad infantil y de las personas gestantes adultas.

“ARTÍCULO 96.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o de SEIS (6) a VEINTICUATRO (24) días-multa, al que por imprudencia o negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo causare la lesión o enfermedad del artículo 95.”

Este artículo amplía el poder punitivo del estado a una situación actualmente no contemplada en la legislación vigente. Ello claramente alimenta la judicialización de prácticas riesgosas en torno a los embarazos, lo cual contradice lo resuelto en el fallo “FAL” de la CSJN que marca precisamente el camino inverso y exige la protocolización de las actividades en torno al acceso a la salud en los procesos de gestación, en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos como así también en torno a las intervenciones legales de los embarazos.

“ARTÍCULO 97.- Las lesiones a una persona por nacer causadas por la mujer embarazada no son punibles.”

Aquí aparece otra vez el lenguaje sexista que deja afuera a otras personas gestantes, lo que en este caso es de superlativa gravedad frente a los principios de igualdad y no discriminación

constitucionales y convencionales (Art. 16 y 75.22CN y CADH, PIDCP y CIDN si son niñ@s o adolescentes), pues aquí el proyecto incluye la desincriminación de la mujer embarazada por lo que de su interpretación literal no resulta aplicable a situaciones de personas gestantes que por aplicación de la Ley de Identidad de Género no sean mujeres, y por ende serían punibles de manera enteramente discriminatoria.

Para ser claro, mientras una ley vigente obliga al estado a reconocer jurídicamente la autopercepción en torno a la identidad de género (Ley 26473) otra norma de igual jerarquía (Código Penal de ser sancionado así) generaría una desigual penalización por el sólo hecho del ejercicio de ese derecho.

Para terminar el análisis debemos traer a colación el tipo penal de INFANTICIDIO que se encuentra en el capítulo anterior al de aborto y prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 81.- Se impondrá prisión de TRES (3) a SEIS (6) años:... 3º) A la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o inmediatamente después, en circunstancias extraordinarias de atenuación.”

Debemos decir que este nuevo concepto en el código penal “PERSONA POR NACER” sin definir conceptualmente ni aquí ni en el artículo de definiciones (77), viene a sumarse a los ya existentes desde el código de 1921 y que se mantienen sin ser conceptualizados en el código proyectado. Estos son el concepto de “OTRO” para los homicidios (y Femicidios pese al sexismo patriarcal del vocablo) y el de “ABORTO” para los delitos contra la vida antes del nacimiento, sumados a este nuevo tipo penal atenuado (conocido desde larga data como INFANTICIDIO) previsto en el artículo 81 que tampoco define el contenido de la expresión “NACIMIENTO” (el cual se trata de un proceso y no de un hecho instantáneo, que además tiene ese sentido en la ley pues véase que indica “DURANTE”), concepto que resulta esencial para distinguir a los tipos penales de homicidio o femicidio y aborto.

La indeterminación se agrava en el proyecto al indicar que el hecho puede producirse tanto DURANTE como INMEDIATAMENTE DESPUÉS del nacimiento, lo que confunde al/la titular del bien jurídico vida del aborto y de homicidios/femicidios, todo lo cual claramente agrava la situación de indefinición frente al poder punitivo del estado puesto que de producirse la muerte de una persona durante el proceso de nacimiento o inmediatamente después, se encontrarán tanto las personas que deban aplicar la ley como sus destinatarios y cualquier otra que pueda intervenir en ese proceso, en la incertidumbre insalvable en la letra de la legislación proyectada de poder precisar objetivamente ante cuáles de los tipos penales se encuentran, si homicidio-femicidio, aborto o infanticidio.

Respecto de la singularización para descartar o no a este último tipo penal, el texto proyectado introduce la imprecisa expresión delimitante de la penalidad que refiere a “CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN” (en el código penal vigente prevista en el último párrafo del artículo 80 para atenuar la pena del homicidio agravado por el vínculo y del femicidio vincular previstos en el artículo 80 inciso 1 del mismo código) que en casi 100 años de vigencia del código penal de 1921 no ha sido posible de precisión conceptual ni en la legislación, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, más que en algunos ribetes y por casuismos, por lo cual en lo propuesto se decide mantener ese espacio de arbitrariedad liberado a la discreción judicial en el ejercicio del poder punitivo estatal, lo que releva nuevamente la matriz punitivista verificable en todo el proyecto.

En el caso de la persona gestante, nuevamente el lenguaje sexista que se refiere sólo a MUJER deja afuera otras personas que puedan beneficiarse de la atenuación prevista en la norma, generando desigualdad y discriminación prohibida convencional y constitucionalmente (por basarse en el género) en la posible aplicación de esta norma que si bien no desincrimina, atenúa la pena de manera importante (de prisión perpetua a prisión de entre 3 a 6 años).

Mandatos de los organismos internacionales de obligatorio seguimiento.

Finalmente nos vemos en la necesidad de reeditar cuáles son los mandato de los Organismos Internacionales que el código penal proyectado no sólo que no observa ni sigue, con el riesgo de responsabilidad internacional que podría acarrear para el estado argentino de ser sancionado en el ámbito externo y la judicialización con posibles declaraciones de anti convencionalidades e inconstitucionalidades a que puede dar lugar en el ámbito interno (todo ello en lo formal), sino además las vulneraciones a los derechos humanos de las personas gestantes en concreto que implica la aplicación de lo proyectado si se sanciona finalmente con el aumento de la clandestinidad y/o judicialización a que claramente coadyuva, por un lado, y el aumento de la potencia penal del estado como abordaje estatal de estas situaciones que genera sobre personas gestantes y personal de los servicios de acceso a la salud (en lo material).

Debemos decir aquí que más allá de lo que cada persona piense, opine o sienta frente al aborto, lo cierto es que el estado argentino ha asumido obligaciones jurídicas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos que son de obligatorio seguimiento. Y para asegurar la libertad de conciencia y expresión también hay estándares obligatorios en dichas

materias y la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia, sobre lo cual no profundizaremos en este aporte para no excedernos del marco propuesto.

Los estándares internacionales en materia de aborto son los siguientes:

A) Despenalizar el aborto por violación, terapéutico, por incesto y por malformaciones fetales graves. El proyecto sólo prevé el primero de los supuestos y el segundo pero restringido por la reducción del concepto de salud a física y mental solamente, lo que claramente significa un retroceso de más de 100 años.

Sin embargo los organismos internacionales de derechos humanos especifican que en todos los supuestos enunciados el estado debe garantizar acceso al derecho de las personas gestantes a una interrupción del embarazo sin riesgos (o con reducción de riesgos) y que esos supuestos son un piso ampliable para los estados que están obligados a no sancionar leyes ni permitir prácticas que los restrinjan.

B) Antes de la viabilidad extrauterina deben asegurarse los derechos a la salud sexual y reproductiva autónomos de las mujeres y personas gestantes. El proyecto contradice abiertamente este mandato con los tipos penales proyectados que van desde el infanticidio, el aborto y las lesiones a las personas por nacer.

C) Despenalizar, legalizar y respetar el piso mínimo. Este proyecto no sólo que no despenaliza más supuestos de los que están actualmente vigentes desde 1921, sino que amplía la previsión normativa incluyendo la penalización de situaciones que ahora no están penalizadas, como hemos referido por ejemplo al reducir el concepto de salud, al incluir el infanticidio, el aborto culposo, al remitir a la discreción judicial la imposición de pena en algunos supuestos y al incluir las lesiones (dolosas y culposas) a las personas por nacer sin definir las, por sólo ejemplificar con algunas violaciones francas a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos. Pero además, tampoco se acompaña con una propuesta normativa que legalice y protocolice los procedimientos no punibles y por ende legales de interrupción del embarazo.

En suma, lo proyectado se enmarca en la inobservancia por parte del estado Argentino, una vez más, del conjunto de derechos humanos de las personas gestantes, en general, y de las mujeres, en particular, que sostienen a los supuestos de interrupción voluntaria y/o legal de los embarazos, y que por ende siguen siendo violados en caso de no reconocérselos en al ámbito normativo y/o no asegurarlos en su facticidad:

- 1) Derecho a la Vida y a un proyecto de vida
- 2) Derecho al reconocimiento de la dignidad humana
- 3) Derecho al nivel más alto posible de salud
- 4) Derechos a la salud sexual y reproductiva
- 5) Derechos a la libertad y seguridad personal
- 6) Derecho a la privacidad o Intimidad
- 7) Derechos a la igualdad y a la no discriminación
- 8) Derecho a la información
- 9) Derechos a la libertad de religión y de creencias
- 10) Derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos y/o degradantes
- 11) Derecho a disfrutar de los beneficios de los avances científicos

Conclusiones:

Como corolario diremos solamente lo que adelantamos en el título. El texto proyectado para ser sancionado como Código Penal de la Nación Argentina (P.52/19) implica profundizar la ya vigente inobservancia de los derechos humanos y violación de los mandatos de organismos internacionales de derechos humanos en torno a los derechos a la vida, a la salud, sexuales y reproductivos y los otros mencionados de personas gestantes, en general, y de las mujeres, en particular; y pretende ampliar la penalización de conductas, favoreciendo el aumento de la gestión clandestina y mercantil del acceso a esos derechos como así también de la judicialización de casos, reduciendo por consecuencia el ámbito de libertad, intimidad y decisión sobre sus propios cuerpos de las personas gestantes durante el proceso gestacional en contra de los términos permitidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional entendido a la luz de las normas y mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo proyectado, claramente desoye y desafía a ese derecho internacional de los derechos humanos, produce una regresividad en el acceso a derechos civiles y sociales, mayor indeterminación de las conductas punibles con respecto a la legislación vigente, genera retrocesos conceptuales y de penalización de conductas que superan los 100 años de

antigüedad, genera incompatibilidades entre normas de la misma jerarquía legal, dando lugar a discriminaciones que están prohibidas en las normas de superior jerarquía, y coadyuva a la mayor generación de clandestinidad mercantil y judicialización de espacios privados de las mujeres y personas gestantes que permite pensar en una nueva y más profunda apropiación de los cuerpos que ya debería estar en franca retirada en el actual estado cultural y convencional-constitucional de derechos en nuestro país.

Base documental de lo expuesto:

A modo informativo referimos los instrumentos internacionales más importantes en los cuales se fija el mandato de los Organismos Internacionales que la Argentina debiera observar obligatoriamente, más allá de lo que cada persona piense, opine o sienta en torno a las problemáticas aquí abordadas, y que por ello el proyecto debería ser revisado y reformulado en el ámbito legislativo antes de recibir su votación, sanción, promulgación y posterior vigencia a fin de no profundizar la ya existente violación a estos mandatos:

Caso “Baby Boy vs EUA”, 168° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, celebrado del 3 al 11 de Mayo de 2018 en Santo Domingo, República Dominicana, en audiencia de la Sociedad Civil vs Argentina, Dictamen LMR vs Argentina par.9.2, “L.C. Vs Perú” (Dictamen), todos de la Comisión IDH; Casos “Artavia Murillo vs Costa Rica”, “B. vs El Salvador”, “Masacre de Mapiripán vs Colombia”, “Gutiérrez y familia vs Argentina”, “Kimel vs Argentina” y otros de la Corte IDH; Comité CEDAW sobre Angola_ p.32.g, sobre Belice p.56, sobre Rep.Dom. p.337; Comité de Derechos Humanos de ONU casos “K.L. vs Perú” y “VDA vs Argentina”, Informe Periódico sobre Argentina 2000, Obs. Gral. 28_parr.11, Obs. Gral. 36 párr. 9, informes finales sobre Argentina del 22/03/2010, Filipinas parr.13, sobre Guatemala parr.20, sobre Panamá parr.9, sobre Rep.Dom par.15, sobre Sri Lanka parr.283; Comité de los Derechos del Niño Ob. Grales. 4, 7, 13, 14, 15 y 20, informes finales sobre Argentina 09/10/2002, 21/06/2010 y del 01/06/2018 pár. 32, b y sobre Chile parr.56; Comité DESC Ob. Gral. 22 (p.6 definiciones, 9 determinantes sociales, disponibilidad 12/14, accesibilidad 15/19, aceptabilidad 20, prevención de abortos riesgosos 28, discriminación múltiple 30, despenalizar el aborto 34-40, evitar medidas regresivas 38-41, asegurar servicio 45/46, erradicar barreras por creencias y tabúes 48. Violaciones por acción 54, omisión 55, de la obligación de respetar 56/57, de la obligación de proteger 59), informes finales sobre Chile parr.52, sobre Costa Rica parr.46, sobre Nepal parr.55, sobre Ecuador 2012, sobre Reino Unido e Irlanda 2009; TEDH fallo “PS

v Poland”; informe de la Relatoría sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU caso Méndez 2013; Protocolo de Maputo de la Carta Africana de Derechos Humanos; Organización Mundial de la Salud “Documento Oficial 240/1991.Salud”; Conferencia de El Cairo 1994 CEDAW y Res.Gral.21 -1992-; Conferencia Mundial de DHs Viena 1993; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing 1995; Comité CEDAW Recom.Gral.24; Comité contra la Tortura Obs. Finales sobre Perú 2006; e Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre prácticas para eliminar la mortalidad y morbilidad materna evitables 2011.