

ANTEPROYECTO CODIGO PENAL 2018

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE ABORTO Y LESIONES A LA PERSONA POR NACER

El texto propuesto en el Anteproyecto de Código Penal 2018 no recepta las importantes modificaciones aprobadas en la Cámara de Diputados de la Nación en el reciente tratamiento del proyecto de ley que despenalizó y legalizó la interrupción del embarazo en forma voluntaria hasta la semana 14 de gestación.

1. La redacción propuesta no varía sustancialmente las condiciones y lineamientos consignados en los arts. 85 y sgtes. del actual código penal vigente desde 1921, aunque utilice expresiones diferentes y por el contrario, puede resultar regresivo.

2. No se contempla el cambio fundamental previsto en la reforma legal debatida y aprobada en Diputados, esto es, que el aborto no es punible cuando la mujer decide voluntariamente interrumpir el embarazo en las primeras 14 semanas de gestación. En consecuencia, las causales eximentes de pena en el anteproyecto en análisis, siguen siendo las mismas que están hoy vigentes: peligro para la vida y salud de la mujer y en caso de violación.

3. El nuevo texto propuesto califica a la salud en su aspecto físico y mental, en tanto en el actual código penal vigente, así como en el proyecto aprobado en Diputados, sólo se habla de "Salud", lo cual consideramos más correcto, pues posibilita un desarrollo del concepto amplio acorde con los lineamientos de la OMS que no limita el concepto de salud a los aspectos físicos y mentales solamente. Por ello, el cambio resulta limitativo y puede ser interpretado en forma restrictiva, generando mayores obstáculos a la hora de acceder a la interrupción legal del embarazo por esta causal, tal como hoy está prevista.

4. También resulta restrictiva la enumeración que propone el anteproyecto en relación a las causales eximentes de pena en cuanto no contempla expresamente la posibilidad de decidir la interrupción del embarazo cuando exista un diagnóstico de inviabilidad de vida extrauterina del feto (por ejemplo en caso de anencefalia), tal como hoy está receptado y admitido por la jurisprudencia desde hace décadas, y fue consignado expresamente en el proyecto que tuvo media sanción.

5. En relación a la cuantía de las penas previstas para el delito de aborto en lugar de la vigente de 1 a 4 años, se establece de 1 a 3 años, reduciéndose por lo tanto el máximo en un año, lo que puede significar mayores posibilidades de que la pena de prisión no sea de cumplimiento efectivo, aunque depende del criterio judicial ya que como principio general en el Anteproyecto las penas son de cumplimiento efectivo. Cabe señalar que el proyecto con media sanción establecía una pena sustancialmente menor: de 3 meses a un año con la posibilidad de ser dejada en suspenso a criterio judicial por criterios de conveniencia.

6. En el Anteproyecto se recepta la posibilidad de suspensión e incluso se amplía el beneficio con la posibilidad de que el juez decida dejar la pena sin efecto, pero cabe señalar que además de ser dicha pena sustancialmente mayor que en el proyecto con media sanción, allí se trataba de un proceso judicial acaecido cuando la interrupción del embarazo se practicaba recién después de cumplida la semana 14, es decir, a partir de la semana 15 de gestación -y siempre que no resultaran de aplicación las restantes causales que no tienen plazo de caducidad-, lo que reducía sustancialmente el universo de casos atrapados en la esfera penal.

La circunstancia de que este Anteproyecto incorpore esta figura de suspensión de pena o de eximición de pena a criterio de los jueces penales intervinientes en los procesos contra la mujer, no mejora la cuestión claramente punitiva y persecutoria que este delito supone para las mujeres. Además de seguir judicializando, las mujeres quedan sometidas al arbitrio y criterio de

los jueces penales, que graduarán la pena y decidirán discrecionalmente sobre su cuantía, suspensión o eximición.

7. Consideramos necesario destacar que la evolución del derecho comparado y las tendencias más modernas en el campo penal y en el derecho internacional de los derechos humanos, que permea y atraviesa especialmente a los derechos sexuales y reproductivos en el siglo XXI, apuntan no sólo a la despenalización y legalización de la IVE durante las primeras semanas de gestación, sino que consideran que el recurso penal resulta desproporcionado, discriminatorio contra las mujeres y sólo aplicable como medida de último recurso (ultima ratio).

8. De ello se deriva, que los ordenamientos legales abandonen la criminalización y recurran a otras medidas fuera del contexto penal. Las legislaciones comparadas se abstienen de incorporar a los códigos normas nuevas que supongan la creación de nuevos delitos o tipos penales, como por ejemplo el aborto en su forma culposa, que este anteproyecto incorpora.

El anteproyecto que nos ocupa, profundiza este camino regresivo, creando más figuras penales vinculadas directamente con el aborto que hasta ahora fue siempre contemplado en su forma dolosa (es decir con intención). Crear el delito de aborto culposos, no sólo robustece el camino punitivo, sino que configura una directa amenaza a los profesionales intervinientes en las prácticas de salud, que ven una nueva figura delictiva que los involucra más allá de otras figuras penales que se les aplicarán ante la comisión de hechos dañosos por mala praxis, que ya están contemplados.

9. El aborto culposos es una figura de muy escaso uso en la legislación comparada. Muy pocos códigos penales fuera de España (art. 146 con una pena de prisión de tres a cinco meses alternativas con multa e inhabilitación en su caso de uno a tres años), donde sin embargo está contemplado el aborto no punible antes de las 14 semanas de gestación; solo lo contemplan tres países de América Latina –dos de ellos con graves problemas de mortalidad materna- como

son Guatemala (art. 139 con prisión de uno a tres años); Costa Rica (art. 122 sesenta a ciento veinte días de multa) y El Salvador (art. 137 prisión de seis meses a dos años) . El Anteproyecto adopta para esta figura la misma pena que tiene El Salvador, uno de los países de América Central de mayor criminalización contra las mujeres.

10. Por consiguiente, consideramos necesario suprimir el delito de aborto culposo del código penal propuesto en el anteproyecto en el art. 87 inc.2, que además es de acción pública pudiendo resultar seriamente intrusivo para la privacidad de las mujeres.

11. En el mismo camino de incremento punitivo relacionado directamente con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el anteproyecto incorpora dos nuevos delitos: lesión al feto, denominado “lesión a la persona por nacer”, en su forma dolosa y culposa. Tampoco encontramos recepción de estas figuras en el derecho comparado, más que los escasos ejemplos que ofrecen las legislaciones de Perú que contempla la figura dolosa y de España, El Salvador y Colombia que admiten ambas modalidades dolosa y culposa. En el resto de la legislación estos tipos penales no están contemplados. Se podría entender que este delito le otorga al feto un status jurídico determinado, ajeno y distinto al cuerpo de la mujer o persona gestante, tratando de equipararlo a una persona ya nacida. Esta cuestión ha sido objeto de profundos análisis en la jurisprudencia, en particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente F.A.L y por la Corte IDH en la causa Artavía Murillo cuyas conclusiones no convalidan el criterio que informa a este delito, sino todo lo contrario.

12. Por otra parte, en los Anteproyectos que se hicieron en nuestro país en lo que va del presente siglo (2006 y 2014), se incorporaron estas figuras que aquí se reproducen (en 2006 se incluyó solo la forma dolosa), con muchas críticas y observaciones, entre ellas la disidencia presentada por una de las integrantes de la Comisión Redactora al art. 96 del Anteproyecto de Reforma creada por Dto.678/2012, a la que nos remitimos (Ver “Anteproyecto de Código Penal

de la Nación- Dto. PEN 678/2012”, Disidencia Dra. María Elena Barbagelata) . En ambas oportunidades también el Ministerio Público de la Defensa sostuvo que frente a cualquier pretensión de incorporar el delito de lesiones al feto será primordial tener en cuenta que estas propuestas con frecuencia infringen el derecho a elegir de las mujeres, alientan las políticas de control social del embarazo y la maternidad y amplían injustificadamente el ámbito punible (Ver “Dictamen para la elaboración del nuevo Código Penal de la Nación con perspectiva de género” Dra. Stella Maris Martínez- Defensoría General de la Nación).

Por lo expuesto, aconsejamos la supresión de los arts. 95 y 96 del anteproyecto del código penal 2018, máxime teniendo en cuenta que estos delitos son también de acción pública. (arts. 71 y sctes. del Anteproyecto) .

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Octubre de 2018.

LAS PERSONAS E INSTITUCIONES QUE SEGUIDAMENTE SE DETALLAN SUSCRIBEN EL PRESENTE DOCUMENTO:

ASOCIACION DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES (AABA)-

Dras. María del Carmen Besteiro

Dra. Gabriela Nasser

Dra. María Elena Barbagelata

Dra. Julieta Bandirali

Dra. Nelly Minyersky

Dra. Nina Brugo Marcó

Dra. Sandra Mónica González

Dra. Verónica Heredia

Dra. Natalia Ferrari

Dra. Cristina Raquel López

Dr. Ricardo Huñis

Dr. Guillermo Goldstein

Dr. Carlos Alberto López de Belva

Dra. Alba Rocío Cuellar Murillo

FUNDACION MUJERES EN IGUALDAD (MEI)

Sra. Monique Altschul

CEDEM- (Centro de Estudios de la Mujer)

Lic. María Luisa Storani

AMNISTIA INTERNACIONAL (AI)

Lic. Paola García Rey

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS)

Dra. Edurne Cárdenas

EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GENERO (ELA)

Dra. Natalia Gherardi

UNR- FACULTAD DE DERECHO- PROGRAMA GÉNERO Y SEXUALIDADES

Dra. Analía Aucía

CLADEM ARGENTINA

Lic. Milena Páramo

INTEGRANTES DE LA COMISION DE LOS DERECHOS DE LA MUJER DE LA F.A.C.A:

Dra. Silvia Pedretta

Dra. Marisa Eisaguirre

Dra. Mariela Jesús

Dra. Mabel López

ASOCIACION DE MUJERES PENALISTAS DE ARGENTINA (AMPA)

Dra. Mariana Barbitta

CATOLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR

CUERPO DE ABOGADAS FEMINISTAS DE CÓRDOBA (CAF)

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS SUSTENTABLES (FUNDEPS)

XUMEK (ASOCIACION PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (MENDOZA).

MUJERES X MUJERES

MULTISECTORIAL DE MUJERES DE SANTA FE

ALIANZA POR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES (RED QUE AGRUPA MAS DE 300 ABOGADAS DE TODO EL PAIS)

Dra. Mariana Romanelli

Dra. Mariana Vargas

Dra. Daniela Fagioli

Dra. María Elisa Vilca

Dra. Mariana Hellin

Dra. Laura Julieta Casas

Dra. Susana Chiarotti

Dra. Mónica Menini

Dra. Soledad Deza

Dra. María Urueña Russo

Dra. Mariana Soledad Alvarez

Dra. Raquel Asensio

Dra. Paula Condrac

Dra. Larisa Moris

Dra. María Renée Carrizo

Dra. Karina Selva Andrade

Dra. Alejandra Perez Scalzi

Dra. Silvia Juliá

Dra. Manuela G. González

Dra. Lucía Puyol

Dra. Mariana Ripa

Dra. Sabrina Frydman

Dra. Patricia Bustamante Quintero

Mg. Cecilia Russo

Dra. Analía Mas

Dra. Andrea Caleri

Dra. Eleonora Lamm

Dra. Lucila Puyol

Dra. Valentina Tarqui Lucero

Dra. María Gabriela Pellegrini Salas (AAMJUS)

Lic. Dora Barrancos

Dra. Celeste Perosino

Lic. Mónica Tarducci

Sra. Marta Alanis

Sra. Julia Martino

Lic. Dolores Fenoy

Lic. Victoria Tesoriero