

La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal

A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F., A. L.”¹

Luis Fernando Niño

Profesor titular de Elementos de Derecho Penal y
Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.

I. El Código Penal argentino, como cualquiera de los contemporáneos, contiene, además del elenco de preceptos prohibitivos y sus respectivas sanciones –elementos que componen el principal contenido de la Parte Especial–, causas de ausencia de conducta, de justificación, de inculpabilidad y de exención de punibilidad. La mayoría de ellas se prevén en su Parte General, en tanto que algunas otras –específicamente, diversas causas de justificación y de exención de la punibilidad–, obran en la Parte Especial o, inclusive, en otros cuerpos de leyes, que deberán ser examinadas ante su hipotética aplicación al caso concreto.

Las causas de justificación, valga recordarlo en una publicación de estas características, son preceptos permisivos que neutralizan la prohibición genérica enunciada en un tipo penal. Al introducirlas en el texto legal, el codificador no ordena ni fomenta una conducta, ni la convierte en bagatelar o insignificante, ni en una acción privada, ni inventa un acuerdo en cabeza del titular del bien pasible de afectación.

Se limita a justificar, a permitir, a consentir, a admitir, a transigir, a aprobar, o –aun– a tolerar tal conducta y a estimarla conforme a derecho,

1. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (CSJN, F. 259. XLVI) resuelta el 13 de marzo de 2012.

aun cuando se parte de la afectación a un bien jurídico reconocido por la Constitución, por el bloque de constitucionalidad o por cualquier rama del universo normativo vigente. A escala individual, paralelamente, ese permiso implica el reconocimiento de un derecho a actuar a pesar de aquella afectación, reubicando, pues, a ese concreto comportamiento en el ámbito de libertad civil constitucionalmente garantizado.

Si acordamos en definir al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, esto es, un hecho humano voluntario, prohibido para la generalidad, no justificado en la situación analizada y pasible de reproche, sólo corresponderá que pasemos a ocuparnos de la eventual justificación de un hacer o un omitir voluntario, tras la previa acreditación de que tal hacer u omitir ha redundado en la lesión o el peligro concreto de afectación de la relación de disponibilidad de uno o varios individuos respecto de ciertas entidades valiosas a las que denominamos bien jurídico. De lo contrario, resultará innecesario y –por ende– asistemático que nos lancemos a elucubrar acerca de permisos, respecto de un obrar carente de relevancia jurídico-penal.

Dicho de otro modo, dejando al margen las posturas del funcionalismo radical, sea que adscribamos a la teoría de la adecuación social de la conducta, a la teoría de la imputación objetiva o a la de la tipicidad conglobada o sistemática, en procura de un correctivo para la proyección de la tipicidad legal, si llegamos a la conclusión de que existe tipicidad penal y que, clausurado ese juicio, corresponde avanzar, en el estudio sistemático de tal hecho humano, al terreno de la eventual juridicidad, en miras a afirmar o descartar que se trate de un injusto penal, será porque habremos verificado ya, entre otras cosas, que el bien jurídico de un tercero o terceros ha resultado afectado de algún modo por tal hecho.

Vale dejar esto en claro desde un principio, para desechar por inexactas y tendenciosas las afirmaciones en el sentido de que cualquier legislación en materia de aborto desconoce el valor de la vida en formación. Lejos de ello, porque se reconoce su valor, es que cuadra situar el conflicto en el renglón analítico de la antijuridicidad y de su virtual contracara, la de la justificación, frente a un caso concreto, de una conducta prohibida *prima facie* a todo individuo.

II. Con ese telón de fondo, en tren de ordenar la exposición conforme a los dictados de la Dogmática penal y sin apartarme de la consigna cifrada en el título de esta aportación, es juicioso que recaiga en un tema de tipicidad que permitirá luego discernir, al enfocar las hipótesis descritas en el artículo 86, 2º párrafo, inciso 2º del Código Penal, tema central del decisorio puesto en debate, si cuadra referirse a auténticas causas de justificación o a meras causas de inculpabilidad, según la entidad de los bienes jurídicos en juego.

Numerosas razones emergentes de la propia lectura del Código Penal vigente desde hace noventa años conducen al intérprete a predicar categóricamente que el *status* jurídico de la vida humana en gestación es diferente del asignado a la vida humana independiente.

La inclusión de los cuatro artículos referidos al aborto en el capítulo I del Título I del Libro Segundo, bajo el epígrafe “Delitos contra la vida”, podría inducir a la creencia contraria, partiendo de estimar que el codificador no ha querido introducir disparidades en la consideración de ambos bienes.

No obstante, una observación integral de tales preceptos guía ineluctablemente a relevar la mayor jerarquía asignada a la vida humana independiente.

Vale comenzar destacando que no son esos los únicos bienes jurídicos tomados en consideración al redactar dicho articulado. Aunque, a primera vista, destaca en la redacción de los artículos 85 a 88 la vida humana intrauterina, otros tres bienes fueron tomados en debida cuenta por el codificador de 1922, y los tres aparecen en cabeza de la mujer grávida. Son ellos la vida, la integridad psicofísica y la libertad, o bien el autodominio o autodeterminación de dicha mujer.

Respecto de los dos primeros, cabe apuntar desde ya que la existencia de la indicación necesaria o terapéutica deja en claro que, en caso de conflicto de intereses entre la vida o la salud de la gestante y la vida del embrión o feto, el legislador se ha inclinado por privilegiar a cualquiera de aquellas por sobre el bien representado por esta última.

La vida humana independiente y su integridad resultan más valiosas que la intrauterina, conforme al texto casi centenario al que venimos haciendo mención. A tal punto es así que el mero “peligro” para la salud de la mujer –que no es preciso que sea grave, conforme a la versión recuperada del

inciso 1º del segundo párrafo del invocado artículo—² habilita para proceder al sacrificio de la vida intrauterina.

Otra muestra de la trascendencia axiológica de la vida de la mujer gestante reside en la notoria agravación de la escala penal para la figura básica del delito de que se trata cuando fuera seguido de la muerte de aquella, consistente en un *plus* equivalente a la mitad del máximo (v. art. 85, incisos 1º y 2º, última parte, respectivamente, del C.P.).

Mencionamos ya a la vida y a la salud. No está de más recordar, en este sentido, que salud es bienestar bio-psico-social, conforme a la ya clásica definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1964). De suerte tal que, aun en el estrecho andarivel conformado por el párrafo de mentas, habría espacio para determinar la exención de punibilidad del aborto causado para evitar un peligro psíquico o social que no pudiera ser evitado por otros medios.

El otro bien jurídico acogido por el legislador al elaborar los tipos legales —prohibitivos y permisivos— que nos interesa analizar aquí es, como anticipamos, la libertad o autodeterminación de la mujer. No sólo se manifiesta en el requisito del consenso de la mujer encinta para proceder a la concreción de un aborto no punible, sino en la clara disparidad de respuestas punitivas para el autor de la modalidad dolosa básica según haya existido o no aquel consenso, descendiendo —si lo hubo— de los tres a diez años de prisión a la módica escala de uno a cuatro años de tal pena (artículo 85, incisos 1º y 2º, 1ª parte, respectivamente).

De la comparación de tales montos sancionatorios con otras especies delictivas contra las personas se extrae una nueva y rotunda diferencia de tratamiento legal de la vida humana dependiente. Nótese, al respecto, que el aborto practicado sin consentimiento de la mujer posee asignada una escala idéntica a la de las lesiones gravísimas a un individuo nacido (art. 91 C.P.), debiendo tomarse en cuenta —por añadidura— como se indicó, que en esa especie delictiva se conjuga el ataque contra la vida humana dependiente y contra la libertad de la mujer afectada. Precisamente, la escala del artículo

2. La alusión a la gravedad de dicho peligro, incorporada por Sebastián Soler en su recordado Proyecto de 1960 y trasladada al texto del código de fondo a través de sendas reformas operadas por los dos últimos gobiernos de facto (decretos 17567 y 21338, respectivamente) perdió su vigencia tras la recuperación global de dicho ordenamiento, merced a la derogación de la legislación represiva dictada durante esos períodos.

85, inciso 2º, 1ª parte, pone al descubierto la entidad a la que se asimila el aborto doloso consentido, toda vez que cuenta con un mínimo idéntico al de las lesiones dolosas graves del artículo 90 de ese plexo normativo y un máximo significativamente menor al de esa figura, cuatro años de prisión, frente a los seis consignados en el precepto citado en último término.

Otra nota distintiva: se hallan previstas, como modalidades del aborto punible, tanto la dolosa (art. 85 C.P.) como la preterintencional (art. 87 ídem); no así la culposa, aquella causada por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o bien inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, si se acude a los parámetros de los artículos 84 y 94 del viejo código aún vigente, circunstancia que comparece a distanciar los universos en aparente pugna.

Por último, siempre en el renglón de la tipicidad legal, el dispositivo amplificador de tal característica de la conducta configurado por la tentativa también exhibe una diferencia que disminuye el nivel de protección jurídico-penal asignado a la vida en formación.

Conforme lo dispone el artículo 88 *in fine* del texto legal en cuestión, la tentativa de aborto por parte de la mujer no es punible. Más allá de las razones político-criminales que pudieron guiar al codificador a exonerar de pena a la autora del intento, lo cierto es que se revela una vez más el diferente baremo de la vida dependiente frente a la independiente. Y caben bajo el marco de dicha fórmula la tentativa acabada, la inacabada y la de delito imposible, como han coincidido en afirmar Fontán Balestra, Creus y Buompadre, entre muchos otros.³

III. Arribamos de tal suerte a la determinación de un evidente desnivel valorativo a favor de la vida, la integridad y la libertad de la mujer gestante, detectable en el estadio dogmático de la tipicidad, a partir de lo cual es juicioso admitir que las soluciones aportadas por el codificador para los casos conflictivos en los que la opción redunde en beneficio de los bienes axiológicamente preferidos se incluirán en el marco de los permisos y no en el de la mera exculpación. Y es desde esa perspectiva de donde cuadra apreciar

3. V. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal - Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 86; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 74.

el tratamiento brindado por la Corte Suprema al elenco de justificaciones que completa el articulado alusivo a la interrupción intencional del estado de preñez.

No es ocioso reiterar que los diversos contextos permisivos específicos contenidos en la disposición del artículo 86 segundo párrafo del Código Penal se han construido respecto de un hecho, en principio, contrario a derecho; y que, habida cuenta de que se trata de excepciones a la regla general de la prohibición, el codificador se ha visto obligado a describir cada uno de tales cuadros de situación cuya ocurrencia en la vida real otorgará licitud a ese comportamiento vedado *erga omnes*.

Ya se ha hecho referencia a la causa de justificación necesaria o terapéutica, apuntando que no será preciso que el peligro corrido para la vida o la salud de la mujer sea grave, recaudo que el Código Penal reserva para el caso de la coacción (art. 34, inciso 2° C. P.); ni que deba existir ponderación de los bienes en juego, como lo ordena el artículo 34, inciso 3°, del ordenamiento penal en vigor, al definir el caso de estado de necesidad justificante.

Mas es el inciso 2° del zarandeado párrafo segundo del artículo 86 el que suscita nuestro mayor interés a la hora de glosar la decisión de la máxima instancia judicial de la República en el caso caratulado “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación inicia ese abordaje central apelando a sus propias decisiones relacionadas con la primera regla de interpretación de un texto, al señalar, en el considerando 18°, que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”. En mérito a tales asertos –enseña el Alto Tribunal– se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de quien haya resultado víctima de tal ilícito contra la integridad sexual.

Dos son las razones esgrimidas en ese análisis *gramatical*: en primer lugar, la existencia de la conjunción disyuntiva “o” al relacionar a la violación con el atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, de lo que se deduce que se trata de supuestos diversos. En segundo término, la confección de un marco común, representado por la exigencia de un médico diplomado y de una nota consensual que, en el caso de la mujer encinta

capaz, será aportada por ella, y en el de la incapaz por patología psíquica, por su representante legal. Conforme a esa hermenéutica, es, precisamente, la excepcionalidad de esta última situación la que obligó al codificador a la fórmula expresa sintetizada en la frase “en este caso”, “referencia que sólo puede aludir, correlativamente, al caso del atentado al pudor”, y que fuerza a distinguirlo, “desde la sola semántica, del de violación”, requiriendo –tan sólo para aquél– “el consentimiento del representante legal de la mujer que adolece de tal incapacidad”.

Sentado ello, la Corte continúa su cometido esclarecedor apelando al método *sistemático* de interpretación. Aludiendo a los abusos sexuales que pueden originar embarazos no deseados, distingue entre las violaciones propias, genéricamente cometidas con fuerza o intimidación, de las impropias, en las que se descarta la validez del consentimiento de la víctima en virtud de su incapacidad o de su inmadurez, al tiempo que pone de realce que el eufemismo “atentado al pudor” debe vincularse, en la economía conceptual del precepto, a una maniobra sobre la sexualidad de la agraviada del que, obviamente, resulte un embarazo, pues de su interrupción se trata.

De tal suerte, el máximo Tribunal rescata incidentalmente una de las tantas objeciones dirigidas a la postura doctrinal que se empeñaba en reducir a dos las causas de justificación, consistente en resaltar el absurdo de equiparar la violación con el atentado al pudor, tradicionalmente asimilado a la figura del tocamiento inverecundo definido desde antaño como abuso deshonesto, figura de harto improbable vinculación con un proceso de gestación.

Finalmente, la Corte recurre al método *histórico*, evocando una circunstancia oportunamente puntualizada por Sebastián Soler: el codificador argentino se sirvió de la versión francesa del Anteproyecto suizo de 1916, que tradujo como “atentado al pudor” lo que en el original de dicha pieza, escrito en alemán, se identificaba como “*Schändung*”, vale decir, mancha o profanación, voz referida en el lenguaje común al atropello sexual característico de la violación impropia, diferenciada drásticamente de “*Notzucht*”, etimológicamente traducible como “cría en emergencia” o “en peligro”, y referida, en el mismo lenguaje corriente, a la violación propia.

Tras esa triple exploración hermenéutica, el señero decisorio del máximo Tribunal dirige su ofensiva hacia el odioso recaudo *contra legem* de la autorización judicial. Como se expone con meridiano rigor expositivo, “(l) a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una

verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente, porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”.

El fallo desnuda lo infundado de dicha práctica, “fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales”, que exige “allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación”.

Recordábamos al comienzo que, habida cuenta de que se trata de una excepción a la regla general de la prohibición, el legislador que confecciona un precepto permisivo se encuentra obligado a describir el contexto en el cual ese comportamiento, vedado a la generalidad, deviene lícito dadas las circunstancias. Ahora bien, reunidas –precisamente– tales circunstancias, nada queda por tramitar. Se actúa dentro de los márgenes de la legalidad republicana, en el ejercicio de un derecho reconocido por el codificador, y punto. En ese orden de ideas corresponde instalar las tres situaciones que prevé el artículo 86, segundo párrafo del ordenamiento penal de fondo vigente.

Así como nadie está obligado a pedir una venia judicial para actuar en legítima defensa o ante un estado de necesidad justificante o en el ejercicio legítimo de un derecho, ni un médico diplomado, ni una mujer encinta mayor de edad y psíquicamente capaz cuya situación encuadre en alguna de esas tres situaciones, ni el representante legal de una mujer encinta menor de edad o demente o idiota en análogo trance, precisan que la justicia corrobore, como cuestión previa, lo que la ley sustantiva establece con meridiana claridad. En tal sentido, la Corte Suprema acierta al enfatizar, en el considerando 8° de la resolución que hoy examinamos, que “a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible [...] previsto [en el artículo 86, segundo párrafo, inciso 2°] no está supeditada a la cumplimiento de ningún trámite judicial”.

Luego, la puesta en marcha de la maquinaria judicial en un caso como el que nos atañe, era totalmente innecesaria; y sólo el desconocimiento de

la existencia del derecho a actuar o el temor producido por el cúmulo de visiones y versiones interesadas en obstruir una verdad tan simple explica la mera existencia de alternativas judiciales complejas como la registrada en torno a esa situación.

Sin ánimo de incursionar en los aspectos estrictamente constitucionales, a partir de la previsión adoptada por nuestro máximo Tribunal en el considerando 5° de su resolución, queda de relieve que su pronunciamiento, emitido a despecho de que los agravios aludidos carecían de actualidad de cara al caso concreto, obedeció al hecho de que se trata de un caso lamentablemente susceptible de repetición, cuyo tratamiento en tiempo y forma escaparía a la revisión de dicho órgano, investido del rol de la función de garante supremo de los derechos humanos, “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos” (*sic*).

Si alguna duda cupiera sobre el tópico, es la propia Corte, en el ya mencionado considerando 18°, la que se encarga de disiparla cuando advierte expresamente “que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”; y al recordar, admonitoriamente, en el considerando 19°, “tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales” algo tan elemental como que “por imperio del artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’...”.

Pero la Corte no se reduce a sermonear a los responsables de tal estado de cosas. Hacia el final del considerando vigésimo cuarto lanza una severa advertencia dirigida inequívocamente a ellos, al expresar textualmente: “En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”.

IV. De más está decir que no se agota allí el caudal argumental de la Corte Suprema y que, más allá de las razones mencionadas de cara al texto legal analizado, se alzan otras de mayor envergadura normativa, tales como los principios de igualdad de trato y no discriminación, presentes en todos los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y – muy especialmente– la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente los artículos 2º, 3º y 5º a 16, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a, en tren de oponerse eficazmente contra la mezquina interpretación que pretende reducir a dos los supuestos de justificación, tal como se expone en el considerando 15º.

Personalmente, estimo que sólo una lectura sesgada de tales documentos puede pasar por alto el cúmulo de derechos reconocidos a la mujer de cara a su libertad de decisión en temas vinculados a su salud, la familia y la maternidad. Si los Estados Partes adherentes a la primera de tales Convenciones⁴ están obligados a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica [...] inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”, como lo prescribe el artículo 12, inciso 1, y a ello se añade que “(s)in perjuicio de lo dispuesto [...] los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto” (art. cit., inc. 2), parece claro que sendas cláusulas del precepto aluden a dos aspectos perfectamente diferenciados, aunque en ambos campee la autodeterminación de la titular de los derechos consagrados. Sucede lo propio con relación al artículo 14, dedicado a los problemas especiales a que hace frente la mujer rural, cuyo inciso 2, apartado b, repite en similares términos el derecho a la planificación familiar.

Cierto es que cabe conjeturar que las alusiones a dicha planificación no incluyen la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, otra obligación asignada a los Estados Partes, referida a la adopción de “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...] en particular, asegurar en condiciones de igualdad [...] e) los mismos derechos

4. Ratificada por todos los países del mundo, a excepción de tres: Afganistán, São Tomé y Príncipe y Estados Unidos de Norteamérica.

a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos”, parece albergar bajo su marco un vasto elenco de facultades en cabeza de su directa destinataria.

Por lo demás, de cara al axioma de la dignidad humana, al que se alude en el considerando 16° de la decisión que aquí se comenta, presente desde el propio Preámbulo de aquellos instrumentos y en su articulado más elemental, la Corte advierte que resultaría irremisiblemente avasallado por la pretensión de exigir a toda mujer víctima de un delito sexual que lleve a término un embarazo resultante de un ataque contra sus derechos más fundamentales, bajo la amenaza de someterla al poder punitivo del Estado; con lo que se conculcarían, paralelamente, otros principios delimitadores de dicho poder, tales como el de legalidad estricta, el de buena fe y *pro homine* y el de mínima intervención y *ultima ratio*, a los que se refiere el considerando 17° de la resolución comentada.⁵

V. Párrafo aparte merece el requisito, inserto en el considerando vigésimo séptimo del fallo sujeto a análisis, de la presentación de una declaración jurada suscrita por la víctima de la violación o por su representante, a presentar ante el profesional tratante, mediante la cual se manifieste que el

5. Con relación al cotejo que impone una situación como la conocida y decidida por el tribunal cimero entre las disposiciones legislativas y las convencionales, también vale precisar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) introduce una salvedad de importancia al prescribir que el derecho a que se respete la vida estará protegido por la ley “y, en general, a partir del momento de la concepción”. La locución adverbial “en general” significa lo común, lo frecuente, lo usual, y su inclusión en el texto de referencia permite entrever posibles excepciones. A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sienta el principio conforme al cual los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida (art. 6.1.), pero lo modera al referir que aquellos han de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6.2.), permitiendo lucubrar que, ante determinadas situaciones, pueda, excepcionalmente, ceder esa garantía de supervivencia. No cambia las cosas la reserva relativa al momento de la concepción que la República Argentina introdujo a la hora de sancionar la ley 23849: aun cuando quepa hablar de niño desde ese momento, cuando se tratare de vida humana intrauterina, a cuyo distinto status jurídico para el derecho positivo argentino ya me he referido, cabrá tomar en consideración que la obligación estatal es la de resguardar la supervivencia y el desarrollo de ese ser “en la medida de lo posible”, como lo señala la Convención.

embarazo que se desea interrumpir proviene de aquel hecho ilícito, ante la ausencia de reglas específicas sobre el tópico.

Guardando distancia respecto de dos posturas opuestas entre sí, que se inclinan, ora por la mera expresión del consenso para la intervención, ora por el requisito de una denuncia penal formal por tal delito, tal como lo exigía el Proyecto de 1960 debido al recordado Sebastián Soler, entiendo que la solución propiciada por el máximo Tribunal resulta coherente con el andamiaje conceptual sostenido en su resolución. No por ceder frente al derecho prevaleciente de la mujer gestante desaparece el valor del bien jurídico a sacrificar; y la expresión juramentada relativa a la veracidad del hecho que habilitará el procedimiento dista de aparecer como un recaudo infundado o falto de proporcionalidad.

Por lo demás, ese requisito se aviene a las pautas indicadas en el considerando vigésimo noveno en cuanto se exhorta la confección de protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, que garanticen información y confidencialidad a la solicitante, eviten procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas, eliminando requisitos que no estén médicamente indicados y resolviendo eventuales desacuerdos entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

Veremos más adelante que, en un voto concurrente con el de la mayoría, emerge una diferente postulación de este tópico, al adicionar la necesidad de verificación del hecho de la violación por parte del médico interviniente.

VI. También se ha ocupado el alto colegiado, en el mismo considerando aludido precedentemente, del problema –jurídico-penalmente relevante– de la objeción de conciencia, reconociéndola como un derecho del profesional médico pero alertando, simultáneamente, acerca de que su ejercicio no deberá traducirse en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio, y exigiendo, “(a) tales efectos, que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley confiere a las víctimas de violencia sexual”.

Tal vez sea el tratamiento de este aspecto el más criticable, por su exigüidad, de todo el decisorio que comentamos. En otros países de nuestra órbita cultural, como España y Colombia, ese ítem, de apariencia secundaria, puso en jaque la efectividad de lo resuelto por las máximas instancias judiciales respecto de esta compleja temática.

En Colombia, país en el que la Sala Plena de la Corte Constitucional proclamó, mediante la sentencia C-355/06 del 10 de mayo de dicho año, la despenalización de la práctica del aborto en tres circunstancias específicas, a saber, cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, o cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, fue necesario un nuevo pronunciamiento de dicho órgano colegiado, identificado como T-388/09, para precisar los alcances del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia y armonizarlos con el derecho de la mujer gestante a la interrupción de su embarazo.

Habida cuenta de lo escueto de la referencia de nuestra Corte Suprema a dicha alternativa y de las previsibles dubitaciones que el asunto podría generar, en el futuro inmediato, en nuestro medio, reputo conveniente incorporar en esta breve labor los párrafos más significativos de ese segundo decisorio del Tribunal del hermano país: “(e)l ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico ‘con mayor o menor proyección social’”, añadiendo que “(a)dmiteda esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia –la cual prima facie puede parecer justificada–, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas”.

En esa inteligencia, dicha Corte Constitucional puntualizó, respecto de los médicos “que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales”, que, dada tal contingencia,

“cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante [...] no habría ningún reproche...”. “Cosa distinta se presenta”, expresó dicha Corte, “cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres”. Y pontifica, sin margen para la duda: “Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces *deberá* practicarlo –con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima –en tanto proporcional y razonable–, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo traen consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringen sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales”.

En cuanto a la titularidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, hubo de limitársela al “personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. Contrario sensu,” –se argumentó– “no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención”.

En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal sudamericano se pronunció enérgicamente en contra de la alegación de objeción de conciencia por parte de las autoridades judiciales: “la objeción de conciencia” –expresó– “es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado, cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y

legales...”. “Cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea [...] con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio–, de manera que no le es dable, con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo, faltar a su función”. Para concluir aseverando: “Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia [...] conducta [que] podría dar lugar al delito de prevaricato [...] así como a faltas de orden disciplinario...”, toda vez que “las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia”, al tiempo que “las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas –no prevén la objeción de conciencia– y son de interpretación restrictiva”.

VII. Vale adicionar, para ir finalizando, la puntual referencia de la Dra. Carmen Argibay, en el considerando 13° de su voto concurrente, a la ausencia de toda alusión, por parte del recurrente, al bien jurídico en pugna con aquel representado por la vida en gestación. Ese argumento añadido vuelve a situarnos en la ponderación de los diversos bienes jurídicos en juego, tema –como ya señalamos– atinente al nivel analítico de la tipicidad penal.

Al tachar de incorrecta la formulación así presentada, la vocal pone de manifiesto que, “además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación”. Conforme se destaca en dicho voto, tal “esquema de fundamentación [...] ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado –en el mejor de los casos– a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es, en realidad, menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo)”.

“Esa preferencia por un distinto esquema de valores” –se argumenta en dicho voto– “de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta”.

La postura asumida hasta allí no se distancia en mayor medida de cuanto se sostiene en el voto mayoritario. Empero, en el considerando décimo cuarto de su voto concurrente, la distinguida vocal, tras hacer pesar en su aprobación de la decisión adoptada por sus colegas “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”, sienta la premisa de que “la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica” hacen parte del procedimiento inherente a la causal de justificación, el que, a su criterio “resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada” (*sic*). Se propicia, de tal manera, un protagonismo de aquellos profesionales que no parece compadecerse con la interpretación escogida por la mayoría y que se revela con mayor latitud en el considerando subsiguiente del voto concurrente analizado, cuando se resalta que “el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación”, otorgando, pues, a tales galenos la potestad de incidir decisivamente en la concreción de la intervención, con independencia del consentimiento emitido por la mujer gestante a través de la declaración jurada indicada en la decisión mayoritaria. Ello, sin perjuicio de vislumbrarse las dificultades que irrogaría a un profesional de la Medicina la incursión en un sector de la realidad que les es ajeno.

A su turno, el voto del Dr. Petracchi nada suma de interés específicamente jurídico-penal, toda vez que se decanta por declarar inadmisibile el recurso, debido a que el recurrente ha omitido “tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional”.

En síntesis, el fallo sucintamente comentado se yergue como un hito prominente en la marcha hacia un tratamiento legal del tema que, sin desentenderse del interés representado por la vida humana intrauterina, tome seriamente en cuenta el mandato de suprema jerarquía normativa contenido en diversos instrumentos mencionados en párrafos precedentes y elimine cualquier margen de duda respecto del derecho de toda mujer a decidir oportunamente, con la libertad y la responsabilidad que el tema requiere, respecto de una situación tan personal e intransferible como la que comporta, indudablemente, la gestación de un nuevo ser.