



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07

INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS

EXTRACTO: E/ LEY 2394 (29/11/07)

DICTAMEN N° 133 / 07 .-

//1.-

Señor Secretario General de la Gobernación:

Vienen las presentes actuaciones a dictamen, relacionadas con la Ley N° 2.394, sancionada por la Cámara de Diputados, cuyo objeto es regular el procedimiento a llevar a cabo por los médicos en los establecimientos asistenciales dependientes de la Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Bienestar Social de la provincia, respecto a la atención de abortos no punibles contemplados por los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal de la Nación, para garantizar la salud integral de las mujeres.-

Se trata de un proyecto de ley elaborado por los Diputados de los Bloques Socialista, ARI, Frente para la Victoria, FRAP y la Diputada Labegorra del Bloque Justicialista, el cual fue sancionado por mayoría y con modificaciones.-

Del análisis de la norma sancionada, y conforme lo dispuesto en el inciso a) del artículo 3° de la Ley N° 507, corresponde formular las siguientes consideraciones con respecto al articulado de la misma:

1.-Si bien específicamente el artículo 1°, como objeto de la ley sancionada, refiere a regular el procedimiento a llevarse a cabo en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal, tanto este precepto legal como toda la norma en análisis, amplían notablemente la aplicación y posibilidades de invocación de conducta no punible tipificada en la mencionada normativa penal.-

En efecto, el artículo 86 del Código Penal regula como conducta no punible la práctica del aborto en dos supuestos: terapéutico (inciso 1) o eugenésico (inciso 2).-

Para invocar la no punibilidad de la conducta, se requiere la concurrencia de requisitos tipificantes de la misma, los cuales deben ser analizados con carácter restrictivo, considerando que se encuentran en colisión dos derechos: la vida de la madre y la del nasciturus.-

La regla que se extrae de la ley penal, por la gravedad de la solución que se implementa (es decir la muerte del nasciturus), es que se busca provocar el daño menos perjudicial.-

DANIELA M. VASSIA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07
INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS
EXTRACTO: E/ LEY 2394 (29/11/07)

DICTAMEN N° 133/07 .-

//2.-

La no punibilidad de la conducta debe fundarse entonces en el peligro cierto para la vida o salud de la madre y en situaciones de tal gravedad que no exista otro remedio, medio o tratamiento distinto que pueda evitarlo.-

Debe existir una real incompatibilidad entre la vida y la salud de la madre y el embarazo y vida del nasciturus, cuestión que DEBE analizarse en cada caso particular como la ley penal lo determina, sin enmarcar los hechos en procedimientos previamente reglados.-

Así, el alcance pretendido por la ley sancionada por la Cámara de Diputados Provincial, excede notablemente la conducta no punible tipificada en la ley penal; consecuentemente se crean y legislan otras situaciones fácticas no previstas como no punibles.-

En efecto, el agregado final del artículo 1° que textualmente expresa "... *garantizar la salud integral de las mujeres* ..." permite un sin número de interpretaciones y aplicaciones que colisionan abiertamente con el espíritu restrictivo de los tipos cerrados que la legislación penal, como norma de derecho público, posee.-

2.- Por su parte el artículo 4° del proyecto sancionado enmarca el concepto de salud en la definición del artículo 2° de la Ley Provincial N° 2079, es decir "... *bienestar físico, psíquico y social* ...", ampliando entonces en forma notoria el marco de no punibilidad previsto por el codificador penal, de acuerdo a lo ya explicado en anteriores párrafos.-

Igualmente es necesario señalar en este punto que la definición del artículo 2° de la ley 2079, lo es en el contexto de esa norma provincial, pero resulta absolutamente ajena y extraña a la figura penal en análisis.-

En este punto es necesario acotar que los médicos legistas han desarrollado diferentes estadísticas y enunciaciones restrictivas respecto a las afecciones que pueden llegar a justificar la conducta no punible. Todas ellas poseen como denominador común la incompatibilidad de la vida de la madre y la continuidad del embarazo ("*Medicina Legal*" – Dr. Nerio Rojas – Librería El Ateneo Editorial – Buenos Aires, "*Medicina Legal*" – Segunda Edición – Bonnet - Libreros López Editores).-

El riesgo y peligro en la salud de la madre debe ser de una entidad tal que provoque que la incidencia del embarazo en periodos activos de la enfermedad agrave la evolución de la misma.-

DANIELA M. VASSIA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07

INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS

EXTRACTO: E/ LEY 2394 (29/11/07)

DICTAMEN N°

133 / 07

//3.-

Refuerza la posición expuesta, la reforma introducida al artículo 86 por la Ley 21.338, por la cual se agregó el adjetivo "grave", término que permite afirmar a la doctrina penalista que no debe tratarse de resguardar daños insignificantes o intrascendentes.-

En definitiva, la norma provincial sancionada crea conductas penales no punibles, no tipificadas ni establecidas en la ley de fondo, competencia exclusiva del Congreso de la Nación.-

Finalmente, el Código Penal es claro en cuanto a los requisitos y criterios que deben concurrir para considerar en estos casos a la conducta como no punible. Cualquier otra disposición y/o reglamentación que pretenda dictarse, deberá serlo en el marco que este cuerpo penal establece, no excediendo ni contradiciendo sus límites y formas, ya que de lo contrario se estaría legislando en materia de exclusiva competencia nacional.-

Sin perjuicio que los artículos 1° y 4° determinan que la materia abordada por la norma sancionada se encuentra excluida de la competencia de la Legislatura Provincial, otros artículos agregan una serie de desaciertos u omisiones que es necesario señalar.-

3.- El artículo 2° de la norma sancionada por la Legislatura Provincial, enuncia las garantías que el servicio de salud debe otorgar para los casos de **"abortos no punibles enunciados en la presente ley"**. Si ello se interpreta junto a la redacción del artículo 1°, se concluye que el criterio del legislador es ampliar las posibilidades de aplicación excediendo el marco penal establecido.-

4.- El artículo 4° determina que las prácticas no necesitaran autorización judicial, trámite igualmente innecesario para los supuestos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 86.-

Tal y como lo entiende la doctrina constitucionalista, las dos formas de interpretar la norma penal provoca lo innecesario de todo trámite judicial previo, se estaría solicitando la autorización para realizar un conducta despenalizada y exenta de sanción, lo cual es inútil. Si estamos frente a una conducta delictiva la autorización no podría concederse por imposibilidad jurídica (*"Autorización Judicial para Abortar"* – Germán Bidart Campos - Nota a fallo publicado en *El Derecho*, citado por Fonrouge, en comentario al fallo O.M.s/ Víctima de Abuso Sexual, publicado en *Microjuris* con fecha 12/04/07 - Cita MJD3126)

DANIELA M. VASSIA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07

INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS

EXTRACTO: E/ LEY 2394 (29/11/07)

DICTAMEN N° 1133/07 .-

//4.-

Los tipos penales como normas de derecho público, son tipos cerrados, que no permiten ampliación ni interpretación de sus formas, ni en positivo ni en negativo.-

No se pueden justificar otras conductas, pero tampoco se pueden re-tipificar otras acciones.-

5.- El artículo 4 prevé la exigencia de documentar y acreditar el conocimiento y comprensión por parte de la mujer del “*diagnóstico y pronóstico*” del cuadro que la afecta, así como también de la “*posibilidad de interrumpir el embarazo*”, pero no requiere que el consentimiento a la práctica abortiva sea acreditado ni documentado.-

Tanto el inciso 1° como 2° del artículo 86 del Código Penal, establecen como requisito de obligatorio cumplimiento el consentimiento de la mujer.-

En el caso del inciso 1° no se sule por la de su representante legal, y ante la negativa o imposibilidad de prestarlo, no se aplica esta disposición penal pudiendo recurrir, en tal caso, al estado de necesidad normado en el artículo 34 del Código Penal, teoría de resistida aceptación por parte de la doctrina y jurisprudencia.-

En efecto, la doctrina penalista tiene dicho en este punto que “*... debe respetarse el derecho, heroico si se quiere, a la maternidad, y se reconoce sólo a ella la opción entre su propia vida y la de su hijo*” (*Código Penal Comentado y Anotado – D’Alessio – Parte Especial - pg. 45*).-

En contradicción con ello, el artículo 5° inciso b) del proyecto de ley sancionado determina que ante la negativa injustificada, igualmente el profesional interviniente podrá solicitar autorización judicial, no respetando entonces la negativa de la madre.-

Finalmente, respecto del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal (mujer idiota o demente), el consentimiento dado por el representante legal es obligatorio.-

Sin embargo, la ley sancionada permite que el consentimiento sea dado por la mujer y/o su representante legal, otorgándole plena validez al consentimiento de la mujer discapacitada, en contradicción a lo dispuesto por la normativa civil.-

6.- Por último, el artículo 7° de la norma regula un registro de objetores de conciencia, que en su aplicación contradice no sólo los principios que rigen este concepto dinámico y aplicable caso por caso, sino además al artículo 19 de la Constitución Nacional.-

DANIELA M. VASSIA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 15634/07
INICIADOR: CAMARA DE DIPUTADOS
EXTRACTO: E/ LEY 2394 (29/11/07)

DICTAMEN N° 133 / 07 .-

//5.-

De acuerdo a las observaciones formuladas, de procederse a la promulgación de la ley sancionada, se estarían vulnerando principios constitucionales, colocando entonces al Estado Provincial ante la posibilidad cierta de planteos de inconstitucionalidad, con las consecuencias jurídicas y económicas que ello conllevaría.-

Por ello, analizado el texto de la Ley N° 2.394 sancionada por la Cámara de Diputados, y en virtud de las consideraciones formuladas precedentemente, esta Asesoría considera que la norma, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no se encuentra en condiciones legales de ser promulgada por el Poder Ejecutivo, correspondiendo, en consecuencia, proceder al veto total de la misma.-

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO – Santa Rosa, 14 DIC 2007



1
DANIELA M. VASSIA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA