



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Reg. n° 726/2019

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Alberto José Huarte Petite, Mario Magariños y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver en la causa CCC 15995/2015/TO1/CNC1, caratulada “C.P.C. s/violación según párrafo 4to art. 119 inc. b, etc”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°27 de esta Ciudad, por sentencia obrante a fs. 648, con sus fundamentos a fs. 649/702, resolvió en lo que aquí interesa: **CONDENAR a C.P.C., de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de estupro agravado por haber sido cometido por un ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con aborto con consentimiento de la mujer, en concurso real con desobediencia, a la PENA de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas** (arts. 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 85 inciso 2°, 119, cuarto párrafo, inciso “b” y “j”, 120, segundo párrafo, y 239 del C.P., y arts. 403, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. Contra esa sentencia, la defensa de C.P.C. interpuso recurso de casación (fs. 705/15). El remedio fue concedido a fs. 717/19 y mantenido a fs. 723.

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs.725).

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, no se realizaron presentaciones.

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que comparecieron la defensa y la fiscalía (fs. 733).

VI. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Alberto J. Huarte Petite dijo:

I. La defensa interpuso recurso de casación contra el fallo enunciado precedentemente.

Fundó su presentación en ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En esa línea, sostuvo en primer término que los magistrados de la instancia anterior efectuaron una valoración sesgada y arbitraria de los elementos de prueba colectados.

Argumentó en tal sentido que la condena se fundó únicamente en los meros dichos de la propia víctima, que a su ver, son incoherentes.

En ese orden, remarcó que resultaba ilógico que un hombre desnude totalmente a quien sabe que es su hija, en el comedor de su casa y cerca de donde se encontraba durmiendo el resto de la familia. También lo era, desde su perspectiva, que el imputado hubiera ido a buscar preservativos a su habitación, que está en la terraza, en lugar de subir ambos si ya sabían que iban a tener sexo, y que todo ello ocurriera en un lapso larguísimo de tiempo.

Criticó también, que los sentenciantes respondieran a estas cuestiones sosteniendo que: *“hay que pensar que si el objetivo hubiera sido perjudicar a su padre, contando una historia inexistente, entonces para qué introducir en el relato estas cuestiones que pueden generar algún descreimiento...”*, pues entendió que de ese modo, se invirtió totalmente el camino racional.

Se quejó asimismo de que se aludiera a una posible intención de perjudicar a su padre que esa parte no esgrimió, y consideró que *“el hecho de que se desconozca un motivo no hace más creíble la historia”*.

Sostuvo que tampoco se tomó en cuenta que según F.J., la menor narró que el primer encuentro fue porque habían tomado de más en un festejo y tuvo lugar en la habitación de C.P.C., y por otra parte, su madre refirió que le dijo que fue luego de un festejo, pero abajo.

También afirmó que no se encontraba acreditado que el embarazo que cursaba la menor fuera del imputado, y señaló que M.P.C. y M. D.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

D. declararon que la descubrieron manteniendo relaciones sexuales con M.A.P., y que ello fue antes de la fecha del embarazo, pues ambos fueron contestes en que el imputado todavía no sabía de esa relación, y que tomó conocimiento en esa circunstancia.

Remarcó asimismo, que tanto la menor como el imputado sostuvieron que lo primero que éste hizo al enterarse del embarazo, fue decirle que se lo contara a su madre, y que carecía de sentido que C.P.C. hubiera embarazado a su propia hija y le aconsejara que se lo cuente a su madre.

En esa misma línea, entendió que tampoco resultaba lógico que le indicara a la menor que solicitara las pastillas abortivas a su tía, involucrando de ese modo a más integrantes de la familia, para finalmente conseguirlas él.

Y por último, tampoco resultaba razonable a su entender que llevara a la menor a la psicóloga, sin siquiera entrar para escuchar lo que narraba, quedándose afuera en una actitud totalmente pasiva y distante.

Hizo también alusión a la conversación de “Facebook” mantenida entre el imputado y la damnificada que fue aportada durante el juicio por la testigo Liliana Traiber (pareja del imputado), de la cual se desprendía, a su entender, que no existieron las golpizas que denunció la menor en sus declaraciones, sino sólo un golpe, y que la propia C.P. afirmó que su padre no cometió los hechos que se le imputan.

Se quejó a su vez de que el tribunal *a quo* no haya hecho lugar a su solicitud de que la división Delitos Informáticos de la Policía Federal Argentina comprobara la autenticidad de dicha conversación, para descartar de ese modo que el imputado la hubiera fraguado.

Por todo ello, concluyó la defensa que resultaba evidente que los hechos no ocurrieron como se afirmaba en la sentencia recurrida; que su asistido nunca tuvo relaciones sexuales con su hija, y que se enteró que aquella las mantenía con M.A.P. recién cuando le contó sobre el embarazo.

Aseguró asimismo que la menor consiguió las pastillas abortivas a través de su tía, las tomó, y al descomponerse llamó a su padre quien la llevó al hospital y se quedó con ella.

Agregó que en la sentencia se pretendía que su asistido, al descomponerse la menor, llamara a su madre –que vive en Provincia de Buenos Aires y tiene una pésima relación con C.P.-, a M.A.P., y además buscara a otro chico que habría salido con ella, lo cual a su ver, no resultaba un argumento sólido.

Aseveró que los sentenciantes partieron de la base de la culpabilidad de su asistido, y a partir de allí explicaron los hechos, lo que equivale a invertir el principio constitucional del “in dubio pro reo”, y tornaba dogmática y arbitraria la resolución.

Sostuvo en la misma línea, que frente a la prueba concordante y coherente (que incluía las declaraciones de la propia damnificada), de que con quien tenía relaciones sexuales era con M.A.P., el *a quo* decidió arbitrariamente que el embarazo era del imputado.

Afirmó igualmente que el tribunal de juicio reconoció que fue la tía de la menor quien le consiguió las pastillas abortivas, por lo que existía un salto racional, al afirmar luego que fue C.P.C. quien le provocó un aborto.

Por otra parte, argumentó que es público y notorio que el efecto de las pastillas abortivas es forzar la expulsión del feto, lo que produce su muerte, pero según su historia clínica, la menor ingresó al hospital con el feto ya muerto, lo que no permitía afirmar que hubiera existido una maniobra abortiva, a lo cual se sumaba que el informe médico forense refirió que no se podía determinar si el aborto había sido espontáneo o provocado.

También consideró arbitraria la valoración de la prueba efectuada por los sentenciantes para condenar a su asistido en orden al delito de desobediencia.

En relación a ello, remarcó que en su declaración indagatoria C.P.C. explicó que como el expediente por el que se lo había notificado era aquel en que se investigaba el delito de lesiones, porque aún no se había iniciado el de estupro, entendió que la restricción era de acercamiento físico a la denunciante.

Destacó a su vez que no fue su asistido quien tomó contacto con la menor, sino al revés, conforme se acreditaba con la constancia de fs.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

201; y que no podía pedírsele al imputado que no contestara el teléfono a su hija, sobre todo, ante la situación que estaban viviendo.

Finalmente, entendió que el tribunal del juicio incurrió en una inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

Al respecto, sostuvo que aun cuando fueran ciertos los hechos narrados por C.P. no podía justificarse esta sentencia, pues el delito por el que se condenó a su asistido requiere el aprovechamiento de la inmadurez sexual de un menor de dieciséis años en razón de la mayoría de edad del autor, una relación de preeminencia o equivalente respecto de la víctima.

Ese aprovechamiento, explicó, no puede ser presunto, sino que es necesaria la exteriorización de conductas que evidencien la intención de viciar el consentimiento apoyándose en la mayoría de edad, preeminencia o equivalente.

Consecuentemente, concluyó que en el caso no se daba ninguno de los elementos del tipo, salvo las edades de los protagonistas, pues entendió que no podía sostenerse que la menor se encontrara en un estado de inmadurez sexual de grado tal que pudiera ser aprovechado por un adulto.

En esa línea, señaló que la damnificada tuvo su primer relación sexual a los trece años de edad en el contexto de un noviazgo que duró tres meses, luego mantuvo otro noviazgo a los catorce años, que duró ocho meses, con el cual también tuvo relaciones sexuales según surgía de su declaración y de su narración a los peritos psicólogos; y que en el lapso en el que ella afirma que tenía relaciones con su padre, las tenía también con M.A.P.

Agregó que en tales circunstancias, no podía sostenerse que la menor no supiera lo que era una relación sexual y lo que implicaba, ni que ignorara el tipo de compromiso que significaba, tanto físico como emocional, y que por lo tanto, no existió aquí la inmadurez sexual que pudiera ser aprovechada por el autor.

Continuó afirmando, que dicha inmadurez no puede ser presumida, sino que debe ser alegada y acreditada, y no existía nada de eso, ni en la acusación, ni en la sentencia atacada.

Sostuvo asimismo que el delito por el que se condenó a su asistido es doloso, por lo que el aprovechamiento utilizando alguna relación de preeminencia debe ser intencional, no culposo, y debe demostrarse que han existido conductas externas tendientes a generar ese vicio del consentimiento, lo que consideró que no ocurrió en el caso.

En ese orden, refirió que aun aceptando que C.P.C. hubiera tenido contacto físico con su hija, nada indicaba que hubiera tenido una actividad tendiente a seducirla, y menos aún, aprovechándose de su inexperiencia sexual, ni de una situación de preeminencia.

Argumentó que sorprendía que se sostuviera que C.P.C. habría aprovechado su situación de preeminencia por ser su padre, pues ambos protagonistas se conocieron muy pocos meses antes de los presuntos hechos que relató la menor, y aun cuando supieran que el imputado era el padre, el mero título sin un período de ejercicio de esa paternidad no podía considerarse en modo alguno preeminencia.

Entendió que al contrario de lo que se manifiesta en la sentencia, mal podía sostenerse que el hecho de que la presunta víctima se haya sentido seducida por la experiencia del acusado fuera demostrativo de la configuración del ilícito, sino que lo que se debería esgrimir, y no surgía ni de la acusación ni de la sentencia, era que C.P.C. sedujo a la menor, y no que esta se sintió seducida sin intervención directa de aquel, y luego expresar qué conductas efectuó para lograrlo, y probar que aquellas existieron y fueron intencionales.

Por todo ello, solicitó se case la resolución recurrida y se ordene el dictado de una nueva sentencia conforme a derecho.

II. Al momento de decidir en autos, el tribunal afirmó que “**a)** *Se encuentra debidamente acreditado que [C.P.C.] mantuvo relaciones sexuales en forma reiterada, por vía vaginal, con su hija biológica [C.P.], de quince años de edad, desde el mes de agosto de 2014 hasta fines del mes de enero de 2015, aproximadamente, en el domicilio de [...], de esta ciudad, donde convivía con la niña. Para cometer los mencionados actos sexuales el acusado se aprovechó de la inmadurez sexual de la víctima y de su relación de preeminencia –debido a su condición de padre–. Además de ello, los abusos sexuales se perpetraron juntamente con un contexto de violencia física y verbal por parte de [C.P.C.] contra la menor, pues le propinaba diferentes*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

golpizas y agresiones verbales, lo que se incrementó en el mes de diciembre de 2014 cuando la damnificada comunicó la relación sentimental que mantenía con el joven [M.A.P.].

b) También se ha demostrado que [C.P.C.] le provocó un aborto a la menor damnificada. En efecto, debido a que en alguno de los encuentros sexuales no usó protección, [C.P.] quedó embarazada, razón por la cual, el acusado le indicó que debía abortar. Es así que, cuando aproximadamente cursaba el segundo mes del embarazo, le introdujo en la vagina unas pastillas abortivas llamadas “Oxaprost”, sin perjuicio de otras que la menor ingirió, accionar que provocó la muerte del feto, alrededor del 10 de octubre de 2014 y la posterior internación de [C.P.] en el Hospital Álvarez, donde finalmente se produjo su expulsión.

c) Finalmente, se acreditó en el juicio que el imputado [C.P.C.] violó la medida de prohibición de acercamiento y/o contacto por cualquier medio con su hija [C.P.], que fuera dispuesta por el Juzgado de Instrucción n° 22 y notificada personalmente al nombrado el día 20 de marzo de 2015. En efecto, luego de enterado de la prohibición, el acusado se comunicó con la víctima a través de mensajes de WhatsApp, durante los días 24, 25 y 26 de marzo de 2015” –la cursiva se agrega–.

III. Corresponde aclarar inicialmente que los agravios presentados por la recurrente serán analizados conforme el criterio sentado por el suscripto en los precedentes “López” (Reg. n° 1017/17, del 18.10.17) y “Tévez” (Reg. n° 1148/17, del 9.11.17) –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad- respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3329), en lo atinente al alcance del recurso de casación articulado respecto de una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sentado ello, cabe señalar que en la búsqueda de la verdad en el proceso, el juez tiene a su alcance diversos medios probatorios y según nuestro ordenamiento su valoración se rige por las reglas de la “sana crítica”, que no son otras que la lógica más elemental, el sentido común y las máximas de la experiencia.

Ha sido el legislador quien ha confiado esta facultad al magistrado (arts. 241, 263 inc. 4º, y 398, 2º párrafo, del C.P.P.N.), y nuestro máximo Tribunal se ha hecho eco de sus implicancias; en tal sentido ha expresado que “...el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica...” (Fallos 311:2045; 302:284, entre muchos otros).

En consecuencia, a partir de este sistema -superador de los métodos de “prueba tasada” y de la “íntima convicción”-, el juez puede admitir cualquier medio de prueba que, no habiendo vulnerado garantía constitucional alguna en orden a su adquisición, estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio exclusivo del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de libertad probatoria, se le impone su valoración, según ya se dijo, conforme a los principios de la sana crítica basándose, no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indican la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

En esta dirección, corresponde al Magistrado elaborar una adecuada ponderación y vinculación de las pruebas reunidas en el proceso, capaces de formar un grado de convicción tal que le permita fallar con certeza. Esa convicción debe ser objetiva y coherente.

Sin perjuicio de todo ello, rige la garantía constitucional, derivada del principio de inocencia, de que sólo la certeza sobre la existencia del hecho criminal, objetiva y coherente con la prueba incorporada, posibilita fundar una sentencia condenatoria (por todos, Maier, Julio B. J., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, “*Fundamentos*”, pág. 505, 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004), manteniendo su vigencia en toda su extensión el principio del “favor rei” en caso de no arribarse a tal juicio de convicción.

Por lo expuesto, el juez tiene la responsabilidad de evacuar toda duda razonable para arribar al dictado de una sentencia condenatoria, pues de lo contrario, prima el citado principio, también conocido como



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

“*in dubio pro reo*” establecido legislativamente en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación.

A su respecto, tiene dicho la Corte que la duda es un estado de ánimo del juzgador que no puede reposar en una mera subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (Fallos: 315:495, 323:701, entre muchos otros).

En línea con dicha doctrina, se ha sostenido que los estándares de prueba, como el de “la certeza más allá de toda duda razonable”, intentan reducir la subjetividad al máximo posible. Tales estándares “...se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una ‘duda razonable’. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde ‘razonable’ equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria...” (conf. C.N.C.C.C., Sala II, 3-9-2015, causa nro. 38.884/14, “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro”, voto del Juez Sarrabayrouse).

Teniendo en cuenta todo ello se analizarán seguidamente las objeciones esgrimidas contra la decisión de autos, de forma separada para cada delito por el que se condenó a C.P.C.

a) Delito de estupro agravado por la condición de ascendiente y por la convivencia preexistente (arts. 119, cuarto párrafo, inc. “b” y “f” y 120, segundo párrafo del C.P):

1. Con sustento en los lineamientos precisados “*supra*”, entiendo que respecto del hecho analizado en este acápite, los agravios introducidos por la defensa, vinculados con la arbitrariedad de la resolución cuestionada, no resultan atendibles.

Ello así, pues considero que sobre el punto la sentencia exhibe una adecuada y razonable valoración de la prueba reunida durante el debate conforme a las pautas de la sana crítica racional, al punto que, luego de una revisión de carácter amplio conforme a las premisas ya señaladas no se advierte en el caso la arbitrariedad propugnada, y se logra apreciar con claridad que el *a quo* ha emitido fundadamente su decisión en cuanto a la fijación del hecho, su calificación legal y la atribución de responsabilidad al imputado C.P.C. (arts. 241 y 398 CPPN).

En efecto, para resolver en el sentido indicado, el *a quo* valoró en primer término la declaración de la víctima C.P., la cual fue incorporada por lectura durante el debate, con anuencia de las partes.

Al respecto, consideró que: “...*El relato de la menor [C.P.] ha sido claro, preciso y coherente, describiendo los sucesos aquí juzgados con sumos detalles, de tiempo, modo y lugar. La joven explicó pormenorizadamente cómo es que se enteró que su padre biológico era el imputado, a partir de lo cual, comenzaron a vincularse hasta que decidió irse a vivir con él a su domicilio. [C.P.] describió cómo comenzaron los encuentros sexuales con su padre, expresando que se sintió atraída y seducida por él. No se limitó a un relato genérico de lo ocurrido, sino que lo hizo con suficientes especificaciones y respondió sin ningún inconveniente todas las preguntas que se le formularon. Además no puede dejar de considerarse que en su declaración proporcionó algunos detalles muy específicos que difícilmente hubieran sido incluidos en un relato construido o inventado. Incluso se refirió a otras circunstancias superficiales que hacen al contexto en el que sucedió el hecho y que otorgan mayor credibilidad a su exposición. Por otra parte, también cabe tener presente que el relato que brindó [C.P.] fue absolutamente coincidente en todas las oportunidades, tanto cuando declaró ante el Juzgado de Instrucción como ante los profesionales que intervinieron en el caso...*” –la cursiva se agrega- (fs. 683).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

La defensa por su parte, y como ya se dijo, argumentó que existían diversas incoherencias en el relato de la menor, que a su juicio invalidaban su versión de los hechos. En ese orden, remarcó que resultaba ilógico que un hombre desnudara totalmente a quien sabía que era su hija, en el comedor de su casa y cerca de donde se encontraba durmiendo el resto de la familia. También lo era, desde su perspectiva, que el imputado hubiera ido a buscar preservativos a su habitación, que está en la terraza, en lugar de subir ambos si ya sabían que iban a tener sexo, y que todo ello ocurriera en un lapso larguísimo de tiempo.

Según la recurrente, resultaba evidente entonces que los hechos no ocurrieron como se afirmó en la sentencia impugnada; que su asistido nunca tuvo relaciones sexuales con su hija; y que se enteró que aquella las mantenía con M.A.P. recién cuando le contó sobre el embarazo.

Sin embargo, el tribunal de mérito se hizo cargo de estas cuestiones y consideró sincera la versión de la víctima, por cuanto “...*la menor no expresó a través de sus relatos un especial odio o animosidad contra su padre, sino que, por el contrario, ella misma se consideró culpable de lo ocurrido. Es decir, no le atribuyó únicamente la responsabilidad por los hechos al imputado sino que reiteradas veces puso de manifiesto el sentimiento de culpa que le generaba toda la situación. Incluso, también exteriorizó su malestar por haber causado la detención de su padre, respecto de quien, evidentemente, [C.P.] tenía especiales sentimientos.*

Dicho de otro modo, [C.P.] era consciente de que algo muy malo había hecho y que toda la responsabilidad no debería recaer en su padre...” (fs. 683vta.).

Y agregó en el mismo sentido, que “...*Esto es lo que explica muchas particularidades del caso que han sido introducidas por los distinguidos defensores para demostrar supuestas inconsistencias en el relato de la menor. Me refiero, concretamente, al hecho de que [C.P.] haya dejado de ir a la psicóloga, que no les haya contado a sus familiares de entrada lo que estaba sucediendo, que en su primera declaración haya omitido mencionar justamente lo atinente a los abusos y que haya enviado mensajes al acusado con posterioridad a la primera denuncia. Hasta podría decirse que, en cierta forma, fue cómplice de su padre y que existía una especie de confianza o acuerdo entre ellos, en el sentido de que guardarían secreto sobre lo sucedido...*” (fs. 683vta.).

Los colegas de la instancia anterior profundizaron luego su análisis respecto de la credibilidad que les mereció el testimonio de C.P., y así sostuvieron que “...*Lo expuesto resulta sumamente importante, dado que si realmente se hubiese tratado de un ‘invento para perjudicar al imputado, no se explicaría para qué habría construido una hipótesis en la que ella misma aparecía como culpable o responsable. Incluso hay que tener en cuenta que también se denunciaron agresiones físicas y lesiones contra [C.P.C.], de modo que si el objetivo únicamente era dañar a su padre, ya era suficiente con eso. En el mismo sentido, si [C.P.] hubiese querido brindar un relato falso de índole sexual, hubiera sido más simple acusar a su padre de haberla obligado o forzado a tener relaciones sexuales o al menos podría haber invocado presiones psicológicas o amenazas, pero nada de eso ocurrió. [C.P.] fue absolutamente sincera al manifestar que se sintió atraída y seducida por su padre y que jamás la obligó a tener relaciones’...*” –la cursiva se agrega- (fs. 684).

Por último, haciendo especial hincapié en las supuestas incoherencias alegadas por la defensa, los sentenciantes explicaron que: “...*El mismo razonamiento cabe efectuar con relación a otros cuestionamientos que ha introducido la defensa en contra del relato de [C.P.]. Me refiero ahora a la cuestión atinente al lugar en el que se concretaron algunas de las relaciones sexuales – en el sector del comedor de la vivienda– y al hecho de que, según los dichos de la menor, el imputado había ido a buscar los preservativos al cuarto de arriba. Nuevamente, hay que pensar que si el objetivo hubiera sido perjudicar a su padre, contando una historia inexistente, entonces para qué introducir en el relato estas cuestiones que pueden generar algún descreimiento...*” –la cursiva se agrega- (fs. 684/vta.).

La defensa criticó esa respuesta por entender que se invirtió totalmente el camino racional; se quejó asimismo de que se aludiera a una posible intención de perjudicar a su padre que esa parte no esgrimió, y consideró que “*el hecho de que se desconozca un motivo no hace más creíble la historia*”.

Sin embargo, dicho planteo no puede prosperar, pues al contrario de lo sostenido por la parte, el razonamiento llevado adelante por el *a quo* resulta acertado.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

En efecto, uno de los elementos fundamentales a ponderar a la hora de evaluar la credibilidad de un testimonio, es precisamente, si existe animadversión o amistad del testigo para con el imputado u otra de las partes, o cualquier otra cuestión que pudiera influir en su objetividad o la veracidad de sus dichos. Por lo tanto, resultaba absolutamente pertinente que frente a la postura defensiva que afirmaba que los dichos de la menor eran falsos, se evaluaran las razones que podría tener la menor para mentir o inventar un relato de esa naturaleza.

Y la respuesta que al respecto brindó el tribunal, ya referida, no aparece en modo alguno como ilógica o irrazonable; antes bien, denota un adecuado apego a las reglas de la sana crítica racional, con arreglo a la psicología y experiencia común

Por otra parte, la recurrente hizo alusión a la conversación de “Facebook” presuntamente mantenida entre el imputado y la damnificada que fue aportada durante el juicio por la testigo Liliana Traiber (pareja del primero), de la cual se desprendería, a su entender, que la propia C.P. afirmó que su padre no cometió los hechos que se le imputan. Se quejó a su vez de que el tribunal no hubiera hecho lugar a su solicitud de que la División Delitos Informáticos de la Policía Federal Argentina comprobara la autenticidad de dicha conversación, para descartar de ese modo que el imputado la hubiera fraguado.

En dicha conversación (que fue agregada en sobre cerrado a fs. 629), la menor habría expresado en lo pertinente: “...*No estoy arrepentida. Lo del abuso lo voy a retirar porque vos no mereces que te acusen de algo que no hiciste. Y a mi mamá no le hables ella no sabe lo que me pasa a mi...*”.

Dicha cuestión tampoco escapó al detallado análisis llevado adelante por el tribunal de mérito, y en ese sentido sostuvo que “...*Exactamente lo mismo cabe decir con relación a los mensajes de Facebook que fueron acompañados por la actual novia del acusado durante el juicio –más allá de que no se pudo constatar fehacientemente su procedencia– respecto de lo cual, hay que insistir en que [C.P.] no consideraba a lo ocurrido como un abuso sexual, dado que no había sido obligada ni forzada a los actos sexuales...*” –la cursiva se agrega- (fs. 683vta.).

Lo expuesto por el *a quo*, además de refutar adecuadamente la hipótesis de la defensa, torna a su vez inconducente el agravio vinculado con el rechazo de la pericia informática solicitada, pues aun cuando dichos mensajes fueran auténticos, ello –conforme lo explicaron los sentenciantes–, en nada modificaría la conclusión a la que arribaron.

Continuando con su razonamiento, los colegas de la instancia anterior sostuvieron que el resultado de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas efectuadas respecto de la menor, permitía otorgarle una especial credibilidad a su relato. En ese sentido expresaron: “...Recordemos que la pericia psicológica dio cuenta que ‘El relato formulado es consistente, con coherencia interna, con detalles específicos y superficiales, contextualizado, incluyendo dichos del supuesto victimario como de las conductas y reacciones de ambos. No surgen indicadores de incremento imaginativo patológico’. Por otra parte, luego de indicar que la menor lloró al salir de la entrevista, se destacó que: ‘Se obtienen índices de alteraciones emocionales, cognitivas y conductuales compatibles con victimización sexual. Se destacan sentimientos de miedo, culpa, confusión, vergüenza, depresión; además de severas alteraciones cognitivas generadas a raíz de lo denunciado con inversión cognitiva de los lugares de víctima–victimario, y minimización...Se observan índices de improntas traumáticas con inscripción a nivel psíquico compatibles con victimización sexual, y con la irrupción en forma traumática de episodios con las características denunciadas en su personalidad en formación, en etapa de crisis adolescente, con fallas en la identidad’.

Por su parte, de acuerdo a la pericia psiquiátrica, se constató la presencia de ‘trastorno por estrés postraumático’ y por ‘estrés agudo’ y se observaron indicadores de abuso sexual infantil, los que fueron detallados en el aludido informe. Es decir, se concluyó que ‘la peritada presenta patologías acordes a graves experiencias psicotraumáticas’, ‘el relato que ha formulado en la causa resulta verosímil y coherente no advirtiéndose en la joven fabulación o discurso premeditado o mendaz’. Por otra parte, los profesionales explicaron que ‘[C.P.] presenta bloqueos de tenor fuertemente disociativos que la conducen a reacciones vivenciales con una angustia atenuada en asociación con los trastornos sexuales a los que habría sido severamente inducida e introducida. Como surge del presente informe la niña exterioriza este complejo sufrimiento con registros en los que prevalece la culpa y una aún tendencia a naturalizar la experiencia desviada. Las conductas sexuales a las que fuera sometida



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

tuvieron aptitud para afectar gravemente su normal desarrollo sexual no siendo posible estimar una eventual desviación al presente examen. Tal valoración amerita de un seguimiento psicoevolutivo de la joven incidiendo en su curso sus recursos psíquicos propios, la contención socio-familiar con la que cuente y que realice un tratamiento psicológico acorde” –la cursiva se agrega- (684vta./685).

Finalmente, para concluir el examen de tales elementos, resaltó que ambas pericias se llevaron a cabo con la intervención conjunta de los peritos oficiales y de los profesionales pertenecientes al cuerpo de peritos de la Defensoría General, lo que consideró que otorgaba aún mayor valor a las conclusiones antes mencionadas.

Pero el análisis del tribunal de juicio no concluyó allí, desde que amén de todo lo precedentemente expuesto, también hizo mérito de los testimonios brindados por las personas allegadas a la menor, pues entendió que contribuían a otorgar suficiente credibilidad a su declaración, ya que no sólo ratificaban la versión de la damnificada, sino que en algunos casos introducían elementos de cargo independientes.

Así explicó que el testimonio de I.C., madre de C.P., “...*más allá de explicar los pormenores relativos al descubrimiento de la paternidad del imputado, aportó algunos elementos sumamente relevantes. Por un lado, describió el cambio de actitud que observó en su hija luego de que se fuera a vivir a la casa del acusado. También expresó que vio a [C.P.] con moretones, golpes y rasguños, aunque la menor le negaba las agresiones. Pero lo más destacable es que [I.C.] había percibido algunas cosas extrañas en la relación de [C.P.] y el padre. Ratificó que cuando estaba en su casa –los fines de semana– se comunicaba constantemente con [C.P.C.] y que en una ocasión una vecina vio que el imputado le tocó la cola a [C.P.], pero de una forma que no era propia de un padre sino de una pareja. Asimismo, es muy importante recordar que la testigo manifestó que se enteró de la internación de [C.P.] cuando ya había ocurrido –al verla con las vendas en los brazos– dado que nadie le había avisado antes, tomando conocimiento de los abusos recién después de que la niña lo relatara a la psicóloga. Por otra parte, [I.C.] también corroboró la cuestión atinente a las pastillas abortivas que [C.P.] le había pedido a su tía y lo sucedido el día en que la menor abandonó la casa de [C.P.C.] y concurrió a lo de [F.J.]. Corresponde tener en cuenta que no es posible afirmar razonablemente que la madre de [C.P.] haya buscado perjudicar al imputado, pues fue ella misma la que permitió que se fuera a*

vivir a su domicilio y no efectuó ningún tipo de reparo para que [C.P.C.] pudiera vincularse con la menor. Del caso no surgen razones que permitan pensar en algún motivo para que [I.C.] pueda declarar mendazmente en contra del enjuiciado, como parece haberlo sugerido el imputado en su declaración...” –la cursiva se agrega (fs. 685/vta.).

Reparó también en el relato de M.A.P. pues consideró que corroboraba la versión de la damnificada. Explicó en ese sentido que “...*En primer lugar, este testigo dio cuenta del maltrato físico y verbal al que era sometida [C.P.] por su padre y a la reacción que tuvo [C.P.C.] cuando se enteró de la relación que él tenía con su hija. También resultó relevante su testimonio cuando hizo referencia a la comunicación que mantuvo con la menor con motivo del episodio de su internación sin saber en ese momento que se tratara de un aborto. Además, [M.A.P.] ratificó lo que sucedió en el momento en que [C.P.] abandonó la casa de [C.P.C.] y efectuó la primera denuncia. Su testimonio pareció sincero, sin demostrar ninguna animosidad contra al acusado. Ello se puso en evidencia, por ejemplo, cuando expresó que antes no sabía ni sospechaba lo de los abusos y que recién se enteró mucho más tarde cuando lo contó [C.P.]...*” (fs. 685vta./686).

También entendió el tribunal que F.J., quien era considerado el padre de la menor antes de conocerse la paternidad de C.P.C., aportó algunos datos relevantes, más allá de haber tomado conocimiento de lo sucedido a través del relato de la niña. Puntualizó que: “...*Al igual que [I.C.], notó un claro cambio de actitud en [C.P.] luego de que se fuera a vivir con su padre biológico. También hizo referencia a algunas cosas extrañas que había notado, aunque no pudo ser muy preciso, por lo que evidentemente se trató sólo de una intuición en ese momento. Se enteró a través de una amiga de [C.P.] que había estado internada por un aborto y también que había pedido pastillas. Por otra parte, fue él quien llevó a [C.P.] a efectuar la denuncia por agresión física, luego de que la menor se fuera de la casa del imputado. Tampoco encuentro elementos para considerar que [F.J.] pueda haber estado interesado en declarar mendazmente en contra del imputado. En realidad, hay que recordar que fue él quien le aconsejó a [C.P.] que lo conozca porque pensaba que era importante que pueda vincularse con su padre biológico. No pareció una persona que sienta rencor u odio y, mucho menos, que tenga motivos para acusar falsamente a [C.P.C.] por hechos como los aquí analizados. Incluso, no se puede dejar de tener en cuenta que [F.J.] no tuvo ninguna intervención*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

en la denuncia por abuso sexual, dado que únicamente acompañó a [C.P.] cuando denunció los golpes que le había propinado [C.P.C.] ...” –la cursiva se agrega- (fs. 686/vta.).

Por último, los colegas de la instancia anterior también consideraron relevante el relato de B.C., tía de la menor, pues entendieron que “...no sólo ratificó la existencia de agresiones físicas contra la menor, sino que además en forma contundente sostuvo que supuso una situación de abuso, que relacionaba con los golpes que recibía [C.P.] y por algunas situaciones como lo ocurrido cuando el imputado le tocó la cola a la niña, a tal punto que una vecina llamada Celia pensó que era el novio. Además de ello, la mencionada testigo también permite ratificar la cuestión relacionada con las pastillas abortivas, pues [C.P.] se comunicó con ella para solicitarlas...” –la cursiva se agrega- (fs. 686vta.).

Por otra parte, entendieron que las pruebas relacionadas con la interrupción del embarazo que cursaba la menor también resultaban de suma importancia, y no sólo servían para acreditar lo atinente al delito de aborto, sino que además contribuían a la acusación relativa al abuso sexual. En tal sentido (sin perjuicio de lo que se dirá por el suscripto en orden al mérito de tales elementos de juicio para la acreditación de un delito concreto en cuanto a tal tramo de la imputación), sostuvieron que: “...más allá del relato efectuado por [C.P.] –que como vimos encuentra también apoyo en los testimonios de su madre, de [M.A.P.], de [F.J.] y de [B.C.]–, contamos con la historia clínica del Hospital T. Álvarez (fs. 166/172), de la que surge que [C.P.] fue asistida el 10 de octubre de 2014 por un “aborto en curso”, llevándose a cabo una evacuación uterina y que permaneció internada hasta el día siguiente...” –la cursiva se agrega- (fs. 686vta.).

Además consideró el *a quo* como dato determinante, que “...Al prestar declaración el imputado manifestó que se enteró que [C.P.] estaba embarazada y que sospechaba que era de [M.A.P.] o del otro chico con el que andaba [C.P.]. Sin embargo, la actitud que el acusado tuvo con respecto a esta situación resulta un indicador claramente comprometedor. En efecto, por un lado es muy llamativo que [C.P.C.] no haya hablado con nadie lo del embarazo, es decir, que no le haya avisado a la madre de la menor, sobre todo si tenemos en cuenta la

particular situación que se presentaba en cuanto a que no hacía tanto tiempo que [C.P.] vivía con él y que se trataba de una hija reconocida recientemente.

Dicho de otro modo: ¿por qué motivo el imputado cargó solo con el problema del embarazo y no involucró a la madre de la menor? Incluso, con posterioridad, cuando [C.P.] tuvo que ser asistida en el Hospital Álvarez, únicamente la acompañó [C.P.C.], quien ni siquiera le avisó de esa situación a la madre. Además de ello, el acusado tampoco intentó comunicarse a raíz del embarazo con [M.A.P.] o con el otro chico con el que supuestamente había estado [C.P.]. En definitiva, tal como sucedieron los acontecimientos, pareciera que [C.P.C.] intentó manejar en forma reservada con [C.P.] el problema que había surgido a raíz del embarazo...” –la cursiva se agrega- (fs. 686vta./687).

Y concluyó que: “...Más allá de lo expresado, insisto en que el embarazo de [C.P.] y su posterior aborto, ocurrido justamente en el momento en el que mantenía relaciones sexuales con el acusado, constituye un claro indicio contra [C.P.C.] en relación a los abusos aquí atribuidos. Si él no hubiese sido el padre del bebé que estaba gestando la menor, no se entiende por qué motivo manejó los acontecimientos de la forma antes mencionada...” –la cursiva se agrega- (fs. 687).

Luego de tal exhaustivo análisis del testimonio de la menor damnificada, y de todos los elementos que entendió –fundadamente- que lo corroboraban, el tribunal explicó asimismo los motivos por los cuales restó valor probatorio a las declaraciones prestadas por los familiares y allegados al imputado, pues consideró que no tenían entidad como para descartar la firme imputación efectuada contra C.P.C. En ese sentido, expresó que: “...de los testimonios de [M.C.] –madre del acusado–, M. D. D.–cuñado de [C.P.C.] –, José Manuel Pereira –amigo de la familia– y [M.P.C.] –hermana del imputado–, únicamente se desprende que la menor tenía conflictos y discusiones con su padre y que esa situación se había empeorado a raíz del romance entre [C.P.] y [M.A.P.]. Los mencionados testigos fueron insistentes sobre la relación sentimental que había entre ellos, pero en nada modifica la situación del caso, pues se trata de un punto que también ha sido reconocido por la damnificada y por el nombrado [M.A.P.]...” –la cursiva se agrega- (fs. 687vta.).

Por el contrario, consideró el juzgador que sí debía tener presente algunos datos que surgían de esos testimonios que contribuían al panorama de cargo contra C.P.C. y explicó en ese sentido que: “...Por un



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

lado, José Manuel Pereira manifestó que [M.A.P.] le decía que [C.P.C.] le pegaba a [C.P.] y también reconoció haberle expresado al nombrado que la menor era extremadamente celosa. Incluso recordó que el día en que se fue de la casa [C.P.] le dijo que su padre le había pegado y se tocaba el costado. Asimismo, Liliana Isabel Traiber, actual pareja del acusado, efectuó un relato basado exclusivamente en lo que [C.P.C.] le manifestaba, pero es llamativo que nunca haya conocido a [C.P.], es decir, que el imputado le hablara constantemente de su hija pero que no se la haya presentado personalmente, cuando la testigo también iba a la casa. Hay que recordar que la propia Traiber manifestó que pensaba que [C.P.C.] tenía miedo a la reacción que pudiera tener [C.P.], lo que puede ser razonablemente explicado en razón de lo que sucedía entre el acusado y la menor...” –la cursiva se agrega- (fs. 687vta.).

También se refirió el tribunal a los mensajes de “WhatsApp” que se enviaron C.P.C. y C.P., que no fueron negados por la defensa ni por el imputado. Sostuvo al respecto que “...*El contenido de la comunicación no sólo demuestra claramente la violación a la medida de prohibición de contacto –lo que dio lugar a la atribución del delito de desobediencia– sino que también constituye un elemento más de cargo en relación a los hechos de abuso sexual.*

En efecto, es fundamental tener en cuenta que hubo dos comunicaciones claves por WhatsApp. La primera fue durante la noche del 24 de marzo de 2015 y la madrugada del 25 de marzo siguiente, es decir, justo la noche anterior a la primera declaración judicial de [C.P.], donde evidentemente [C.P.C.] indirectamente dejó apreciar su preocupación por lo que la menor podía manifestar, llegando incluso a decirle que “Ya mañana o cuando se termine todo vas a dormir mejor” y “No te olvides que vas a declarar y yo puedo ir preso”. Pero además, a partir de la tarde del mismo 25 de marzo el acusado intentó comunicarse nuevamente con [C.P.], mientras ésta se encontraba en el juzgado. Resulta importante recordar que en la primera declaración testimonial –recibida el 25 de marzo– [C.P.] únicamente denunció agresiones físicas pero no los abusos sexuales, hechos que recién puso en conocimiento de la autoridad al día siguiente, cuando concurrió nuevamente al juzgado de instrucción...” (fs. 688).

Igualmente, se valoró como indicio de cargo la última pericia psicológica efectuada a solicitud de la defensa, respecto del imputado C.P.C (fs. 612/615): “...*Allí se concluye que `es posible aludir a un trastorno de la personalidad con franca tendencia a la disociación, con desajustes en los planos*

psicosexuales pasibles de traducirse en el comportamiento a través de conductas inadecuadas, regresivas y eventualmente desviadas'. Más allá de que por sí sola esta pericia no puede demostrar nada, junto a los restantes elementos, sí debe ser considerada como otro indicio de cargo contra el imputado..." (fs. 688/vta).

Para finalizar, sostuvo el *a quo* que los hechos denunciados podían incluirse dentro de los casos de violencia contra la mujer, respecto de los cuales *"...se contempla como principio 'la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos' (art 16, inc. i, ley 26.485)..."* (fs. 689).

Precisó así que *"...Desde este punto de vista, en mi opinión, se debe otorgar valor probatorio a los testimonios prestados por la víctima, en atención al ámbito privado en que estos delitos suelen llevarse a cabo. La ley toma en cuenta la especial problemática que se suscita en estos casos, en los que muchas veces se cuenta con un único testigo, y es por ello que establece que debe partirse de una idea de "amplitud probatoria", lo cual, obviamente no significa que se prescinda del estado de inocencia del imputado y de su consecuente derivado: el principio in dubio pro reo. Ello implica que el solo hecho de que no existan testigos que hayan presenciado el delito no conduce necesariamente a desacreditar la versión de la víctima, cuando otros elementos objetivos permiten darle credibilidad y sustento..."* (fs. 689/vta.).

Y para concluir, citó variada jurisprudencia en apoyo a la postura sostenida en la sentencia respecto de la amplitud probatoria en la investigación de casos como el presente.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, se advierte también que parte de los agravios esgrimidos por la defensa a lo largo de su recurso, se sustentan en afirmaciones que no se condicen en lo absoluto con las constancias de la causa.

Así, ha sostenido la defensa que: *"Según [C.P.]y su padre (aquella a fs. 455 y éste en su indagatoria) lo primero que éste hizo fue decirle **que se lo dijera a su madre**"* -que estaba embarazada-. Ello condujo al recurrente a afirmar que debió llamar la atención del tribunal que el causante del embarazo de su propia hija, al enterarse de semejante situación le recomendará hacérselo saber a su madre (fs.708).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Sin embargo, de la compulsa de la causa se advierte que ello no fue señalado por la damnificada a fs. 455 -donde obra la entrevista con los profesionales del Cuerpo Médico Forense-, sino que lo dijo sólo en su declaración inicial de fs.45/50, en la que había negado hechos de abuso, y de lo cual se desdijo al día siguiente, cuando reconoció que había mentido por temor a que su padre fuera a la cárcel, y contó todo lo ocurrido. Ello resulta un dato fundamental, que la defensa omitió al plantear su argumento, y que lo descalifica por completo, pues parte de una premisa falsa.

También sostuvo la recurrente que *“Contra la prueba concordante y coherente (que incluye las declaraciones de la propia [C.P.]) de que con quien tenía relaciones sexuales era con [M.A.P.], el tribunal decide arbitrariamente que el embarazo es del encartado”* (fs. 710). Sin embargo, de la declaración de C.P. se advierte absolutamente lo contrario: *“...En el tiempo que mantenía relaciones sexuales con mi papá no tuve relaciones con otro chico, solo con él, no había dudas que era un embarazo de mi papá, porque no había estado con nadie más...”* (fs. 58vta. y 664vta.).

Y por último, esgrimió la defensa que el tribunal de juicio reconoció que la tía de la menor (B.C.), declaró que fue ella quien le consiguió las pastillas abortivas, por lo que existía un salto racional, al afirmar luego que fue C.P.C. quien le provocó un aborto (fs.710vta.). Empero, tal afirmación no se desprende de ninguna parte de la sentencia, ni de la declaración de B.C. allí transcripta (fs.677/vta.), pues lo que afirmó la testigo fue que *“...C.P. le pidió unas pastillas abortivas y le dijo que eran para la mujer del tío, aunque la declarante no se las consiguió. De todas formas, cuando le mandó el mensaje, [C.P.] dijo que ya las había conseguido su padre...”*. Ello, además de refutar lo afirmado por la defensa, coincide plenamente con el relato de la menor.

Consecuentemente, la inexactitud en que incurre la recurrente en cuanto a la información que transmitió a este tribunal, y las premisas falsas sobre las que se asientan algunos de sus argumentos, constituyen un claro defecto de fundamentación que, sumado a todo lo expuesto, motiva el rechazo de su planteo.

A la luz de todo el desarrollo precedente, resulta en consecuencia sencillo advertir que en cuanto a este tópico, el tribunal oral tuvo en cuenta un sólido plexo probatorio, que le permitió desvirtuar el estado de inocencia de C.P.C. El *a quo* valoró los elementos recabados durante el juicio conforme las reglas de la sana crítica racional, brindando adecuados, amplios y variados argumentos que permiten controlar el proceso que lo llevó a esa conclusión y advertir lo correcto de su razonamiento, pues, un objetivo análisis integral y conjunto de los elementos previamente reseñados, conduce inexorablemente, sin margen para la duda, a la decisión adoptada por los colegas de la instancia anterior.

En ese sentido, no asiste razón a la defensa al afirmar que la sentencia se funda en “*los meros dichos de la presunta víctima, sin análisis alguno*”, pues conforme se reseñó, el *a quo* realizó un exhaustivo análisis del testimonio de la menor, explicitando los motivos por los cuales le mereció total credibilidad, y confrontándolo asimismo con el resto de los testimonios y elementos objetivos incorporados durante el juicio. También se ocuparon los sentenciantes de responder a las críticas efectuadas por la defensa respecto de la credibilidad de la versión de la menor y de los demás testigos de cargo, y de refutar razonablemente los elementos de juicio que pudieron aportar los testigos de descargo, en relación a todo lo cual la recurrente no ha logrado demostrar arbitrariedad alguna sino una mera discrepancia con el modo de razonamiento del sentenciante.

En virtud de todo lo expuesto, el recurso intentado debe ser rechazado en este aspecto.

2. Por otra parte, sostuvo la defensa que el *a quo* incurrió en una errónea aplicación de la ley penal sustantiva al encuadrar la conducta atribuida a C.P.C. en la figura de estupro agravado por la condición de ascendiente y por la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad (arts. 119, cuarto párrafo, incs. “b” y “f”, y 120, segundo párrafo, del Código Penal).

Adujo en ese sentido, como ya se anticipó, que no se dan en el caso ninguno de los elementos del tipo, salvo las edades de los



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

protagonistas, pues no podía sostenerse a su criterio, que C.P. se encontrara en un estado de inmadurez tal que pudiera ser aprovechado por un adulto.

Argumentó que la menor había tenido su primera relación sexual a los trece años en el contexto de un noviazgo que duró tres meses y que luego tuvo otro noviazgo a los catorce años que duró ocho meses, durante el cual también tuvo relaciones.

Concluyó entonces, que ante esas circunstancias, no podía sostenerse que la menor no supiera qué era una relación sexual, lo que esta última implicaba, ni que ignorara el tipo de compromiso físico y emocional que aquella significaba.

También refirió que la inmadurez sexual debía ser alegada y acreditada al igual que la existencia de conductas externas tendientes a lograr el vicio del consentimiento y que nada de eso se encontraba ni en la acusación ni en la sentencia atacada.

Explicó que lo que se debería esgrimir en la sentencia es que C.P.C. sedujo a la menor y no que ella se sintió seducida sin intervención directa de aquél.

Alegó asimismo, que tampoco podía sostenerse que el imputado se hubiera aprovechado de una situación de preeminencia respecto de la niña, pues ambos protagonistas se habían conocido pocos meses antes de los presuntos hechos, y consideró que aun cuando ambos supieran que el encartado era el padre, el mero título sin un tiempo de ejercicio de esa paternidad no podía considerarse como preeminencia.

Al momento de fundar la calificación escogida, el “*a quo*” sostuvo: “...*En primer lugar, se ha configurado el delito de estupro, pues el imputado ha mantenido relaciones sexuales con una menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente*”, como exige el art. 120 del C.P.

Con relación a ello, debe señalarse que [C.P.] fue muy clara cuando dijo que se sintió seducida y atraída por el acusado y quedó evidenciado que lo que especialmente la conquistó fue su mayor experiencia sexual. Recordemos que la menor manifestó que había estado con otros chicos, pero eso fue en muy pocas oportunidades y

que le atraía especialmente la experiencia de [C.P.C.], lo que la hacía sentirse muy cómoda. Sin perjuicio de ello, es evidente que por su condición de padre, con quien [C.P.] había comenzado a convivir hace poco tiempo, se encontraba en una manifiesta relación de preeminencia.

Es necesario tener presente que lo que intenta resguardarse a través del tipo penal aludido es el libre desarrollo de la sexualidad de los menores, procurando que ningún adulto interfiera arbitrariamente en su esfera sexual, aprovechando la clara situación de superioridad en la que se encuentra. Como lo afirma Donna, 'no hay duda que se protege la libertad, la autonomía del sujeto, especializada a la conformación sexual de la víctima, ya que el consentimiento, en este caso, que es una demostración de la autonomía de la persona, aparece oscurecido, y de esta falta de claridad, tanto mental como emocional, que sustancialmente sigue estando en la inexperiencia sexual, el autor se aprovecha' (DONNA, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe/Bs. As., 4ª edición, 2011, p. 624).

La ley exige, como vemos, dos condiciones básicas para que este delito se configure: la inmadurez de la víctima y el aprovechamiento del autor. Y en el caso, creo que ambos elementos están presentes. Más allá de que [C.P.] haya reconocido haber mantenido alguna relación sexual anterior, es claro que su experiencia sexual era ínfima en comparación con la que tenía el acusado. En cuanto al aprovechamiento, sin duda [C.P.C.] logró conquistar sexualmente a su hija aprovechando el acercamiento que con ella tenía por su condición de padre. Es evidente que hizo confundir a [C.P.] y la llevó a un vínculo más propio de una pareja que de una hija, con los evidentes perjuicios psicológicos que ello generó en la niña.

Asimismo, es indiscutible que se verificaron las dos circunstancias agravantes contempladas por el art. 119, cuarto párrafo, inc. "b" y "f", C.P., dado que el imputado era el padre de la víctima y además cometió los hechos aprovechando la convivencia que mantenía con la menor en su propio domicilio..." –la cursiva se agrega- (fs. 691vta./692vta.).

De adverso a lo sostenido por la recurrente, de la lectura de la sentencia y particularmente de la transcripción precedente, se advierte que los colegas de la instancia anterior han brindado suficientes y adecuados fundamentos para la aplicación de la figura legal en trato.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

En cuanto a la inexperiencia sexual de la víctima, fue claro el tribunal al sostener que el simple hecho de que la menor hubiera mantenido algunas relaciones sexuales anteriores, no bastaba para descartar la presencia en el caso de dicho elemento típico, y en ese sentido, hizo marcado hincapié en lo ínfimo que resultaba la experiencia sexual de la menor en comparación con la que tenía el acusado.

Cabe resaltar aquí, que la conclusión a la que arribaron los sentenciantes también se ve sustentada por los resultados de las pericias psicológica y psiquiátrica realizadas respecto de la menor, las cuales fueron incorporadas por lectura durante el debate y lucen agregadas a fs. 436/447 y 448/462 respectivamente.

Conforme lo transcribió el tribunal de mérito, los profesionales que realizaron la evaluación psicológica concluyeron que: *“...El relato formulado es consistente, con coherencia interna, con detalles específicos y superficiales, contextualizado, incluyendo dichos del supuesto victimario como de las conductas y reacciones de ambos. No surgen indicadores de incremento imaginativo patológico. Es posible evaluar una marcada utilización del mecanismo de la disociación, lo cual es compatible con la ausencia de resonancia emocional durante su relato. Cabe señalar aquí, que si bien no fue lo observado durante la entrevista, el Lic. De Marco puso en conocimiento de la suscripta que cuando se retiraba coincidió en la espera del ascensor con la entrevistada y sus acompañantes y tuvo oportunidad de observar que irrumpió en llanto, con elevado monto de angustia. Se obtienen índices de alteraciones emocionales, cognitivas y conductuales compatibles con victimización sexual. Se destacan sentimientos de miedo, culpa, confusión, vergüenza, depresión; además de severas alteraciones cognitivas generadas a raíz de lo denunciado con inversión cognitiva de los lugares de víctima–victimario, y minimización...Se observan índices de improntas traumáticas con inscripción a nivel psíquico compatibles con victimización sexual, y con la irrupción en forma traumática de episodios con las características denunciadas en su personalidad en formación, en etapa de crisis adolescente, con fallas en la identidad”*... (el resaltado se agrega).

En cuanto a la pericia psiquiátrica, señaló el tribunal que *“...entre otros datos, se indicó la presencia de ‘trastorno por estrés postraumático’ y por ‘estrés agudo’.* También se apreciaron indicadores de abuso sexual infantil, los que fueron

detallados en el aludido informe. De acuerdo a lo que surge de las conclusiones, 'la peritada presenta patologías acordes a graves experiencias psicotraumáticas', 'el relato que ha formulado en la causa resulta verosímil y coherente no advirtiéndose en la joven fabulación o discurso premeditado o mendaz. Por otra parte, los profesionales explican que 'C presenta bloqueos de tenor fuertemente disociativos que la conducen a reacciones vivenciales con una angustia atenuada en asociación con los trastornos sexuales a los que habría sido severamente inducida e introducida. **Como surge del presente informe la niña exterioriza este complejo sufrimiento con registros en los que prevalece la culpa y una aún tendencia a naturalizar la experiencia desviada. Las conductas sexuales a las que fuera sometida tuvieron aptitud para afectar gravemente su normal desarrollo sexual no siendo posible estimar una eventual desviación al presente examen.** Tal valoración amerita de un seguimiento psicoevolutivo de la joven incidiendo en su curso sus recursos psíquicos propios, la contención socio-familiar con la que cuente y que realice un tratamiento psicológico acorde'... (el resaltado se agrega).

En la transcripción precedente, se observa con claridad que los profesionales que evaluaron a la menor advirtieron que ella se encontraba con su personalidad en formación, en plena crisis adolescente, con fallas en la identidad, y que sufrió la irrupción traumática de episodios con las características denunciadas, que a su vez, tuvieron aptitud "para afectar gravemente su normal desarrollo sexual", lo que refuerza claramente lo afirmado por el *a quo* en cuanto a la inmadurez sexual de la niña.

A su vez, la argumentación llevada adelante por el *a quo*, además de resultar razonable, encuentra respaldo en la doctrina, pues en ese sentido, se ha sostenido que "...A partir de la vigencia de la ley 25.087 debe advertirse a los magistrados que no deben confundir la 'inmadurez sexual' del menor por la cual se lo protege, con 'inexperiencia sexual', porque por haber tenido alguna experiencia previa al hecho investigado o haber observado alguna conducta que merezca algún reproche no puede, sin más, ser considerado como "maduro sexual", pese a no haber cumplido dieciséis años, porque sus actos irresponsables, el no haberse abstenido de tener relaciones sexuales con pareja estable o no haber tomado, para llevarlos a cabo, las precauciones necesarias para no contraer enfermedades de transmisión sexual o causar o sufrir embarazos no deseados, porque esos



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

comportamientos son demostrativos, precisamente, de una madurez insuficiente o relativa, pero de ningún modo plena que justifique dejarlos al margen de la protección legal; ...[no es correcto] no penalizar a quienes hicieron víctimas a esos menores de graves abusos sexuales; a quienes no alcanzaría la prohibición de dañarlos por ser indemes o de tocarlos por ser intangibles, pese a afectar su debido desarrollo sexual e impedirle, a partir del momento en el que han cumplido dieciséis años, autodeterminarse sexualmente con toda responsabilidad”.

“[...] En nuestra opinión, el menor de trece a dieciséis años puede ser un inmaduro sexual en el grado relativo exigido por la ley y ponerlo de manifiesto, precisamente, por haber tenido más de una experiencia sexual —y no sólo una, como se interpretaba ante el texto del art. 120 CP al que la reforma de la ley 25.087 derogó— porque pese a haber tenido esa experiencia, sigue siendo inmaduro y expuesto a los peligros que la ley quiere aventar para que nada ni nadie afecte el normal desarrollo de su personalidad. Quien se aprovecha de esa inmadurez sexual empleando una seducción presunta legítimamente deducible de la concurrencia de alguna de las pautas legalmente establecidas, delinque en los términos del art. 120 CP. No hay tipicidad, en cambio, cuando no concurren, en el caso, como sucede con los actos sexuales realizados inter aequo, entre iguales, sin preeminencia de uno sobre el otro que no ha superado los dieciséis años...” (Reinaldi, Víctor Félix, “Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino”, págs. 160/161, Lerner Editora, segunda edición, Córdoba, 2005).

En sentido concordante, Villada expresa que *“...A los fines de este delito debe entenderse que es experto sexualmente quien ha tenido conocimiento y una práctica o un trato directo de carácter sexual. No basta entonces con el mero conocimiento o saber, que puede provenir de haber accedido a la más variada información respecto al tema (**inclusive de alguna relación aislada**)”* -el resaltado se agrega- (Villada, Jorge Luis, “Delitos Sexuales”, pág. 161, La Ley, segunda edición, Buenos Aires, 2013).

La defensa no se ha hecho cargo de refutar el razonamiento efectuado por el tribunal de mérito, sino que se ha limitado a sostener que la inmadurez sexual *“no puede ser presumida, sino que debe ser alegada y acreditada, y no existe nada de eso ni en la acusación ni en la sentencia atacada”*, afirmación que conforme lo precedentemente expuesto, no se condice con la realidad, y aparece como simplemente dogmática.

Surge de la reseña efectuada, asimismo, que el *a quo* se ocupó de la cuestión vinculada con la seducción y con el aprovechamiento por parte del acusado de tal inmadurez, al afirmar que el encartado logró conquistar sexualmente a su hija sirviéndose del acercamiento que con ella tenía por su condición de padre, y que resultaba evidente que hizo confundir a la menor, llevándola a un vínculo más propio de una pareja que de una hija.

En ese marco, tampoco resulta atendible lo afirmado por la defensa en cuanto a que *“Aun aceptando que [C.P.C.] hubiera tenido contacto físico con su hija, nada indica que haya tenido una actividad tendiente a seducirla. Y menos aún, aprovechándose de su inexperiencia sexual, ni de una situación de preeminencia”*.

A ese respecto, cabe señalar que conforme se desprende del testimonio de la menor, que como ya se dijo fue exhaustivamente analizado por el tribunal y constituyó el cimiento primordial de la sentencia, los hechos investigados comenzaron cuando su padre la besó sorpresivamente en la boca mientras se encontraban mirando televisión en el comedor de la vivienda, lo cual, según sus propios dichos la paralizó, la dejó pensando todo el día e hizo que le pasaran *“mil cosas por la cabeza”* (fs. 660vta.).

Continuó relatando la menor que al día siguiente *“...estábamos en el sillón, no habíamos hablado de lo que había pasado del beso, pero después él me abrazó y me empezó a dar besos de nuevo, en la boca, éstos ya no eran tan picos, sino que ya eran besos, besos verdaderos, con lengua digamos, yo no sé por qué me dejé llevar, yo no pensaba en nada, como que me dejaba, no pensé en el momento, no si me gustaba, pero como que me dejé llevar, aparte como que al ser grande me llamó la atención que tuviera más experiencia sexual que yo, de atracción creo, sí, creo que eso me llamó la atención, yo me sentí atraída por mi papá, me gustó la manera en que me daba besos y no pensaba en ese momento que era mi papá sino como que era un hombre, creo que lo que me atrajo era que era mayor y tenía más experiencia sexual que yo y que los otros chicos que estuve muy pocas veces antes, eso me gustaba, me hacía sentir bien. Mientras me besaba no me decía nada, me acariciaba la cara, fue como romántico, no fue una situación violenta, yo me sentía seducida por mi papá...”* (fs. 661/vta.).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Como se advierte sin mayor esfuerzo, el planteo de la defensa carece de asidero alguno, pues surge claro de la sentencia, con arreglo a las partes que se transcribieron, que C.P.C. llevó adelante una serie de maniobras concretas, como las descritas por la víctima, tendientes claramente a seducir a la menor aprovechándose de su inmadurez sexual, para así satisfacer sus apetitos sexuales.

A todo ello se suma, que la naturaleza propia de los hechos que aquí se tuvieron por probados, exigían ineludiblemente un rol activo por parte del acusado tal como aquel que describió con precisión la niña; sobre tal base, no puede negarse que C.P.C. estuvo muy lejos de ser un mero espectador de los sentimientos experimentados por la menor, como pretende presentarlo la defensa, sino que, de adverso, hizo todo lo necesario de su parte para persuadir a la menor de aceptar tales emociones y de obrar en consecuencia.

Por último, tampoco puede atenderse el planteo de la recurrente en cuanto a que *“Sorprende a este respecto que se sostenga que [C.P.C.] habría aprovechado su situación de preeminencia por ser su padre. Sabemos que ambos protagonistas se conocieron muy pocos meses antes de los presuntos hechos que relata la menor. Aun cuando supieran que el encartado era el padre, el mero título sin un período de ejercicio de esa paternidad no puede considerarse en modo alguno preeminencia”*.

Ello así, pues en el *“sub lite”* resulta evidente la situación de preeminencia en la que se encontraba el imputado respecto de la damnificada, ya que además de ser su padre (hecho no menor), la niña se encontraba viviendo en su domicilio y dependiendo económicamente de aquél.

En ese sentido cabe reeditar aquí lo sostenido por el *a quo* al momento de mensurar la pena, en cuanto a que *“...no puede dejar de considerarse que [C.P.] había iniciado recientemente el vínculo con el acusado al enterarse que era su padre, con la evidente situación de crisis emocional que ello generaba...”*, a lo que se suma que según se desprende de los testimonios valorados por el Tribunal (particularmente de la Lic. Evelina Daniela Natali, y de F.J.), la menor mantenía una relación conflictiva con su

madre y con su padre de crianza, lo que aumentaba su dependencia respecto del imputado.

En ese contexto, el lapso de tiempo que llevaba la relación padre-hija al momento de los hechos resulta totalmente irrelevante, pues lo que define la cuestión en cuanto a la subsunción típica son las circunstancias precedentemente expuestas, que surgen de la motivada valoración probatoria efectuada por el tribunal de mérito.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que la calificación legal aplicada por el *a quo* resulta ajustada a derecho, por lo que los agravios esgrimidos a ese respecto también deben ser rechazados.

b) Delito de desobediencia.

Sostuvo la defensa que también resultaba arbitraria la valoración probatoria efectuada por el *a quo* para condenar a su asistido en orden a este delito.

Remarcó que en su declaración indagatoria, C.P.C. explicó que como el expediente por el que se lo había notificado era aquel en que se investigaba el delito de lesiones, porque aún no se había iniciado el de estupro, entendió que la restricción era de acercamiento físico a la denunciante.

Destacó a su vez, que no fue su asistido quien tomó contacto con la menor, sino al revés, conforme acreditaba la constancia de fs. 201, y que no podía pedírsele al imputado que no contestara el teléfono a su hija, sobre todo, ante la situación que estaban viviendo.

Y concluyó expresando: *“No creo que deba imputarse este delito al condenado, ya que realmente es creíble que entiende que no viola una prohibición de acercamiento al no acercarse”*.

El tribunal de mérito por su parte, sostuvo que *“...En el presente caso también se ha configurado el delito de desobediencia (art. 239, C.P.), puesto que [C.P.C.] incumplió dolosamente la prohibición de acercamiento y contacto con la menor damnificada que fuera oportunamente impuesta en esta misma causa (ver fs. 11/12vta.) y de la que el acusado se encontraba personalmente notificado (fs. 19/20).*

Al respecto, basta con tener en cuenta la comunicación que realizó por medio de la red de WhatsApp con la víctima y que fuera precedentemente analizada. En tal



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

sentido, los argumentos que el imputado brindó en su descargo no resultan en absoluto suficientes para descartar este delito, pues basta con una simple lectura de la resolución que impuso la medida cautelar para advertir que se trataba de una prohibición absoluta de contacto por cualquier medio ya sea ‘personal, telefónico o virtual’ e, incluso, se aclaró expresamente que era bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.

Pero además de ello, es elocuente que [C.P.C.] tenía plena conciencia de que estaba violando la medida judicial, pues entabló las comunicaciones con la menor el día previo a que la niña concurra a prestar declaración y en el momento mismo en que [C.P.] se encontraba en el juzgado. Finalmente, resulta absolutamente irrelevante que quien haya iniciado una de las conversaciones haya sido la víctima, pues es claro que el imputado continuó con la conversación conociendo perfectamente la prohibición...”
–la cursiva se agrega–.

Como se aprecia, el recurso de la defensa en cuanto a este punto, constituye una mera reedición de su alegato efectuado durante el debate, y aun cuando sus planteos fueron debidamente atendidos por los sentenciantes, y refutados con argumentos contundentes y razonables como los ya transcritos, la parte se ha limitado a reiterarlos ante esta instancia, sin rebatir los fundamentos brindados por el *a quo* para su rechazo. De tal suerte, no se advierte la arbitrariedad alegada por la recurrente, sino antes bien, una mera disconformidad con la resolución adoptada por los colegas de la instancia anterior.

Por lo demás, el planteo ensayado por la defensa en cuanto a que *“tampoco puede pedírsele que no conteste el teléfono a [C.P.], sobre todo dada la situación que ambos estaban viviendo”*, amén de carecer de sustento jurídico alguno, se contrapone a la lógica más elemental, pues es precisamente *“la situación que ambos estaban viviendo”* lo que originó el dictado de la prohibición de contacto que el imputado incumplió.

Consecuentemente, la sentencia impugnada también debe ser confirmada en este punto.

c) Delito de aborto con consentimiento de la mujer:

Respecto del hecho que será objeto de análisis en este acápite los agravios introducidos por la defensa vinculados con la arbitrariedad de la resolución cuestionada resultan atendibles, pues entiendo que el tribunal

de juicio ha efectuado una inadecuada valoración de la prueba rendida en el debate, sin respetar las pautas de la sana crítica racional, lo cual conduce a advertir una carencia de motivación que, en cuanto a este aspecto, permite descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 241, 398 y 404, inc. 2º, CPPN).

Al momento de expedirse sobre el punto en la sentencia impugnada, el tribunal sostuvo: “...en el caso también se ha configurado el delito de aborto con consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, C.P.), pues se demostró, más allá de cualquier duda razonable, que al enterarse que [C.P.] había quedado embarazada y que él sería el padre del bebé, el imputado convenció a la menor para interrumpir el embarazo y le colocó las pastillas abortivas que se mencionaron en la acusación.

El delito en cuestión consiste en la interrupción prematura de la gestación mediante la muerte del feto con o sin expulsión y supone la concurrencia de algunos presupuestos básicos. Debe existir un embarazo con feto vivo, se debe producir su muerte por cualquier medio –dentro del útero o mediante su expulsión prematura–, y desde el punto de vista subjetivo, el autor debe tener pleno conocimiento de la existencia del embarazo y de la naturaleza de los medios empleados.

Considero que en el caso de autos, más allá de las conclusiones de la pericia médico-forense realizada (fs. 373/374), los elementos probatorios antes analizados conducen a tener por acreditados los extremos aludidos. La existencia de un embarazo previo fue demostrada a través de la historia clínica del Hospital Álvarez y el medio con el que se causó la muerte del feto surge evidentemente de los dichos de la menor y de los elementos que sirven de apoyo a su testimonio, antes mencionados. Pero incluso, no se puede perder de vista que el propio imputado, no obstante negar la autoría del hecho, dijo que había tomado conocimiento del embarazo y que [C.P.] le indicó que quería interrumpirlo. En consecuencia, aun cuando no se cuente con una evidencia física que demuestre que el feto se hallaba con vida antes de que la menor ingiriera las pastillas, no encuentro otra hipótesis más razonable que sostener que la interrupción de la gestación obedeció al efecto de las drogas mencionadas...” –la cursiva se agrega–.

Frente a ello, la defensa sostuvo que es público y notorio que el efecto de las pastillas abortivas es forzar la expulsión del feto, lo que produce su muerte, pero según su historia clínica, la menor ingresó al



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

hospital con el feto ya muerto, lo que no permitía afirmar que hubiera existido una maniobra abortiva, a lo cual se sumaba que el informe médico forense refirió que no se podía determinar si el aborto había sido espontáneo o provocado.

Así las cosas, cabe señalar que si bien el “a quo” arribó razonablemente a la conclusión de que la menor, en circunstancias en que se encontraba embarazada, sufrió posteriormente un aborto, y que existió efectivamente una maniobra por parte de C.P.C. tendiente a producirlo eventualmente (conforme lo relató la niña y lo permiten sostener los demás elementos que refirió el sentenciante), no se ha podido reunir durante el juicio ningún elemento que permita acreditar, más allá de toda duda razonable, que el feto se encontrase con vida al momento de realizarse la maniobra abortiva en cuestión.

En efecto, la única peritación con que se contó al respecto -realizada en base a las constancias aportadas por el hospital donde C.P. fue asistida-, concluyó en lo siguiente: “ **1. No surgen de la historia clínica las causales del aborto.** 2. *En la historia clínica no se encuentra asentado la edad del embarazo por amenorrea ni por altura uterina. La ecografía realizada al ingreso describe un saco gestacional de 2.5 cm con ausencia de latidos cardíacos (feto muerto). En su declaración testimonial refirió su primera falta menstrual el 25/08/14 y considerando ... la medición ecográfica informada, es probable que al ingreso hospitalario la edad gestacional correspondiera aproximadamente a 9 semanas. Este cálculo es sólo aproximado para mujeres bien regladas y embarazos con crecimiento fetal normal, datos con los que no se cuenta en la causa de autos.* 3. **La muerte del feto fue anterior a su ingreso al hospital no pudiendo precisarse en qué momento ocurrió el deceso ni sus causas (espontáneas o provocadas)**” –el resaltado se agrega-.

Frente a ello, lo expuesto por el *a quo* en orden a que “...**aun cuando no se cuente con una evidencia física que demuestre que el feto se hallaba con vida antes de que la menor ingiriera las pastillas, no encuentro otra hipótesis más razonable que sostener que la interrupción de la gestación obedeció al efecto de las drogas mencionadas...**” (el destacado me pertenece), no puede aceptarse como un razonamiento válido.

Pues la admisión de que no existía en la causa una “*evidencia física que demuestre que el feto se hallaba con vida antes de que la menor ingiriera las pastillas*”, no posibilita concluir, de un modo ineludible y razonable, del modo en que lo hizo el *a quo*.

Máxime cuando, pese a los indicios que citó (no derivados de otra pericia científica con entidad suficiente como para refutar a la única incorporada), omitió hacerse cargo de las aludidas precisiones que efectuó, justamente, tal única peritación, que no descartó como una hipótesis posible que la muerte del feto se hubiese producido de manera espontánea, y no provocada por un agente externo.

A ello se suma que en el fallo impugnado los colegas de la instancia anterior tampoco se hicieron cargo de explicar de qué manera se encontraba acreditado que la droga a todo evento utilizada por C.P.C. hubiese provocado el deceso del feto, cuando la aludida peritación había determinado que tampoco podían determinarse las causales del aborto. Ello constituía otro obstáculo para concluir razonablemente en que la interrupción de su gestación pudiese ser imputada al accionar del acusado.

De tal suerte, las deficiencias probatorias apuntadas imponían en el caso que, en aplicación del principio “*in dubio pro reo*” establecido en el art. 3 del código ritual, hubiese debido estarse por el “*a quo*” a la hipótesis más favorable al imputado, esto es, en primer lugar y de manera primordial, a considerar que el feto se encontraba sin vida al momento de llevarse a cabo por el imputado la pretendida maniobra abortiva, pues su muerte se había producido con anterioridad de manera espontánea, y a concluir, adicionalmente, que a todo evento tampoco se había podido acreditar que aquella maniobra hubiese producido efectivamente la muerte de aquel. Esta última hipótesis, de todos modos, sólo tendría relevancia para el supuesto en que pudiese afirmarse con certeza la existencia de vida del feto antes de la realización del comportamiento en cuestión, lo cual, según vimos, no resultó posible en el caso.

De esta forma, es claro que la hipótesis condenatoria y la prueba que la sustentaba (en definitiva, indicios no confirmados por peritación



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

científica alguna), no alcanzaba en el caso para desbaratar por completo la propuesta absolutoria (véase en tal sentido todo cuanto se dijo al respecto en el apartado III en orden al alcance y contenido del aludido principio del “*favor rei*”).

Pues aquella última contaba, de adverso, con elementos de juicio derivados de una peritación científica que sí podían confirmarla, experticia que, dadas las características del delito que aquí se trata, resulta de consideración ineludible habida cuenta que la constatación judicial de todo delito de aborto requiere, al menos, la certera determinación de la preexistencia del feto y la causación de su muerte por algún medio.

Ello, según se explicará a continuación, determina la atipicidad de la conducta desplegada por C.P.C. y consecuentemente, su absolución respecto de este hecho.

En efecto, siguiendo el razonamiento previamente expuesto, aquel comportamiento no puede encuadrarse, en primer término, en la figura prevista por el art. 85, inc. 2º, primera oración, del Código Penal, en su modalidad consumada, pues está ausente en el *sub lite* un elemento típico imprescindible, esto es y como el propio juzgador lo puso de manifiesto, la existencia de un embarazo con un feto vivo, cuyo curso pudiera ser interrumpido por el accionar del autor.

Cabe preguntarse, no obstante ello, si la acción podría, de todos modos, ser punible, pues se trataría el caso de autos de un supuesto que, a todo evento, podría subsumirse en la denominada tentativa de delito imposible que está penada, si bien con ciertas particularidades, en el artículo 44, “*in fine*”, del Código Penal.

Ello, toda vez que la conducta que cabe atribuir a C.P.C. habría recaído sobre lo que habitualmente se denomina como “objeto inidóneo”, al haberse procurado, como se dijo, dar muerte a un feto ya muerto; en otras palabras, se habría pretendido causar un aborto a quien, por tal motivo, ya no estaba embarazada.

Del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)*”, se deriva claramente que los

integrantes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias en materia penal no podrán imponer sanciones cuando en el caso concreto sometido a su juzgamiento, de ningún modo, se hubiera ofendido el orden o la moral pública o perjudicado a un tercero.

Teniendo en cuenta la citada norma constitucional, y el necesario complemento que a ella brinda el artículo 18, en cuanto consagra el denominado “principio de legalidad”, que exige, conforme constante jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, deberá analizarse la eventual punibilidad de la conducta atribuida.

Al respecto, tiene dicho la doctrina, que “...*Cuando tiene lugar la llamada “inidoneidad del objeto” no es posible hablar de tentativa, puesto que ella requiere el comienzo de ejecución de un “delito”, es decir, de una tipicidad objetiva, y no comienza a ejecutarse ninguna tipicidad objetiva cuando no hay objeto idóneo, sin que interese si esa idoneidad es “fáctica” o “jurídica”: no comienza ninguna tipicidad objetiva quien pretende hacer abortar a una mujer que no está embarazada, ni tampoco el que se apodera de una cosa propia.*”

[...] *Cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia en el tipo que no obedezca a la naturaleza de etapa previa inherente a la tentativa, está violando una estructura lógico-objetiva, puesto que pretende subsumir en la tentativa lo que no es un ‘comienzo de ejecución de un delito’. Una ‘tentativa’ inidónea así concebida, sólo podría tener lugar en el caso en que se creyese que el ‘delito imposible’ es una figura distinta de la tentativa y con características propias. Esta última interpretación sería inconstitucional, porque esa ‘figura’ abarcaría conductas que no afectan bienes jurídicos” (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, T. IV, pág. 471/472, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982).*

Y en sentido concordante, se sostuvo que “...*El filtro de la lesividad impide el avance de un proceso de criminalización cuando el curso de acción no es peligroso para una relación de disponibilidad, pero en las tentativas aparentes no es necesario analizar la lesividad, pues se trata de casos de atipicidad sistemática determinada ex ante por la absoluta imposibilidad del resultado de la acción. El supuesto más claro es el de los casos de ausencia de tipo propiamente dicha, en que ab*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

initio faltan elementos del tipo objetivo, como puede ser la vida humana en el homicidio, la cosa ajena en el hurto [...]. En estos supuestos la tentativa es incuestionablemente aparente, porque los elementos del tipo objetivo sólo existen en la imaginación del autor.

[...] La distinción de esta forma de atipicidad con el delito imaginario (delito putativo) es posible porque en este último la inversión está dada por el error de prohibición, aunque tan imaginario es el delito en un caso como en otro. Si hay general acuerdo en que la falsa creencia acerca de la antijuridicidad no puede fundar un injusto, no hay razón para fundar la tipicidad de un hecho que sólo existe en la imaginación del autor: no puede afirmarse que la imaginación del tipo fáctico pueda fundar un injusto, y menos que la imaginación puede convertir lo inocuo en peligroso para una relación de disponibilidad. La ley alemana, su jurisprudencia y doctrina, que sostienen en la actualidad la tesis subjetivista de la tentativa aparente, coherentemente desarrollada hasta sus últimas consecuencias, lleva necesariamente a la aberración: todo enfermo alucinado estaría cometiendo injustos inculpables por vía de tentativas inidóneas; el médico que suministrase pastillas o aplicase inyecciones abortivas a un travestista, sería autor de tentativa inidónea de aborto [...]. En síntesis, cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático significará subsumir como tentativa un hecho que no es comienzo de ejecución, lo que resultaría inconstitucional tanto por violar el principio de legalidad (no es delito el comienzo de ejecución de lo que no puede ser delito) como el de lesividad (esa construcción abarcaría conductas que no ponen en peligro ningún bien jurídico)” (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, “Derecho Penal”, Parte General, pág. 798/800, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000).

Por su parte, Ricardo Juan Cavallero explica que “...La tesis de que en estos casos hay una ausencia del tipo, fue formulada por Frank, Dohna y Beling. Para éste último, que es el creador de la teoría del tipo, el defecto del tipo (Mangel am Tatbestand) es la presencia incompleta de los elementos del tipo en un caso concreto; esa falta conduce naturalmente siempre a que entonces no se da el tipo de delito y, por tanto, no puede hablarse de una acción punible.

Esta doctrina es hoy dominante en nuestra dogmática donde ha sido explicada con importantes fundamentos, especialmente constitucionales, ya que tiene su base en el principio nullum crimen, nulla poena sine lege (art. 18 de la C.N.).

[...] la carencia del tipo se corresponde con aquellas hipótesis en que el acto de ejecución del designio del agente no reúne los requisitos típicos del medio empleado o del objeto al cual se dirige.

[...] Son ejemplos usuales de la segunda hipótesis, habitualmente designada como de inidoneidad del objeto, querer matar a otro que ya está muerto, cometer adulterio con la propia mujer, hurtar la cosa propia, o pretender hacer abortar a una mujer ingrávida. Es obvio que para que haya homicidio debe estar vivo el “otro” a que alude el art. 79 del C.P [...] y para el aborto la mujer encinta (art. 86, C.P.). Querer llevar al ámbito del delito imposible punible estas conductas claramente atípicas importaría vulnerar gravemente el principio de legalidad (art. 18, C.N.), como asimismo el principio de necesaria afectación del bien jurídico que determina el límite material de lo injusto (art. 19 de la C.N.). Ello así porque, por más impresión en la comunidad que puedan producir estas conductas, es obvio que no afectan bien jurídico alguno” (Cfr. Cavallero, Ricardo Juan, “El Delito Imposible. La tentativa inidónea en el Derecho Penal Argentino”, pág. 125/127, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983).

Consecuentemente, en razón de todo lo expuesto, el accionar desplegado por C.P.C. en lo aquí tratado resulta claramente atípico por no verificarse en él ninguno de los extremos previstos en la ley, ni siquiera en función del art. 44 “*in fine*” del código sustantivo.

Ello así, habida cuenta que el hecho que podría tenerse por cierto en relación a aquel (esto es, el suministro de pastillas abortivas a una mujer portadora de un feto muerto), se ajusta claramente a uno de los ejemplos de atipicidad tantas veces reiterado por la doctrina reseñada, es decir, pretender causar un aborto, en definitiva, a una mujer ingrávida.

Su punición vulneraría, además, el principio de lesividad contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto el comportamiento acreditado, en modo alguno, perjudicó a un tercero; ni se verificó riesgo o peligro alguno para que ello ocurriese, sea de modo concreto o abstracto.

Cabe agregar, en tal sentido, que en autos tampoco se atribuyó al aquí imputado, de modo subsidiario o alternativo, que con motivo del comportamiento a él endilgado que se trata ahora, se hubiese causado alguna lesión a la entonces menor C.P.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Es por todo ello que, conforme se justificará seguidamente, se impone su absolución respecto del hecho analizado en este acápite.

En efecto, tal como dejé sentado, entre otros, en el precedente “**Risoluto**” de esta Sala (reg. n° 1253/17, del 30.11.17), “...*el recurso de casación... cualquiera sea la concepción que se tenga de sus finalidades y sin poner en duda su función relativa a la unidad de la aplicación del Derecho no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad...*” (BACIGALUPO, E. “*La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 1994, p. 48).

En esa dirección, no constituye obstáculo para proceder del modo en que se propondrá la circunstancia de que en el *sub lite* se trate de la aplicación de reglas normativas contenidas en el Código Procesal que se vinculan con la correcta motivación de las decisiones judiciales (arts. 123 y 404, inc. 2°, C.P.P.N), pues el carácter sustancial de tales preceptos, aplicables al caso, desde la perspectiva del recurso de casación, deriva de su directa operatividad sobre el principio fundamental de inocencia. Pues como ha sido explicado por la doctrina “*cuando una norma (de la ley procesal o no) opera sobre un derecho fundamental... no puede ser considerada como meramente adjetiva*” (Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, pág. 42).

Por tal razón, entiendo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 470 del ritual debe casarse parcialmente la decisión recurrida y absolverse al aquí imputado respecto al hecho de marras.

IV. En atención a las conclusiones a las que he arribado, debe analizarse ahora el impacto de la solución que propondré al acuerdo en orden a la sanción penal a imponer a C.P.C., pues la aceptación de aquella implicará que la escala penal aplicable al *sub lite*, descontando el marco penal previsto para el delito de aborto, resultará de seis a once años de pena privativa de libertad.

Cabe entonces recordar ahora lo sostenido por los sentenciantes al momento de fundar la sanción penal aplicada, que fue de diez años de prisión: “...*En el presente caso, existen algunas circunstancias que otorgan una especial gravedad al contenido de injusto del hecho y que exceden claramente de los elementos ya previstos en los tipos generales y especiales antes analizados.*”

a) En efecto, con relación al delito de estupro, se debe mencionar la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba la menor. Es decir, más allá de la edad de la víctima, de su inexperiencia y del aprovechamiento —previstos en el tipo básico—, así como también, de la condición de ascendiente y de la convivencia previa que existía —ya contemplados en la agravante— no puede dejar de considerarse que [C.P.] había iniciado recientemente el vínculo con el acusado al enterarse que era su padre, con la evidente situación de crisis emocional que ello generaba. Además, se debe valorar como causa de agravación la constante reiteración de los actos sexuales en el tiempo, incluso con posterioridad al aborto, y el ya mencionado contexto de violencia física y verbal al que era sometida [C.P.].

b) Respecto del delito de aborto, considero que resulta un motivo de agravación el hecho de que el consentimiento haya sido prestado por una persona menor de edad, en la clara situación de vulnerabilidad que se encontraba [C.P.].

c) En cuanto a la desobediencia, estimo que también existen razones para agravar la sanción, pues no puede perderse de vista que el imputado se notificó personalmente de la prohibición de contacto y a tan solo cuatro días de ello incumplió con su deber manteniendo comunicaciones con la damnificada. Además, también resulta especialmente grave que se haya comunicado con [C.P.] mientras ésta estaba aguardando para prestar declaración en el juzgado.

3. Como motivos de atenuación, solamente se debe mencionar a la ausencia de antecedentes condenatorios y a los desajustes en la personalidad informados por la Lic. Norma Griselda Miotto en la pericia de fs. 612/615, que sin duda pueden haber generado alguna reducción de la capacidad de culpabilidad en el acusado y por lo tanto del juicio de reproche.

No obstante, la extrema gravedad de las conductas aquí analizadas, me llevan a proponer una pena considerablemente elevada. Al respecto, es necesario tener en cuenta que, conforme a lo establecido por el art. 55 del C.P., la escala penal aplicable parte de los seis años como mínimo y los quince como máximo. Ello así, entiendo que en razón del contenido de injusto y de la culpabilidad verificada en este caso, corresponde condenar a [C.P.C.] a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas” —la cursiva se agrega—.

Como se advierte, al momento de mensurar la pena a imponer, el *a quo* relevó una gran cantidad de circunstancias agravantes en comparación con las atenuantes, lo que razonablemente lo condujo a la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

aplicación de una pena en concreto sensiblemente superior al mínimo de la escala penal legalmente prevista en función de los delitos que consideró demostrados, que incluyendo el de aborto con consentimiento de la mujer, iba de un mínimo de seis años a un máximo de quince años de pena privativa de libertad.

Se aprecia también que el tribunal de mérito hizo mayor hincapié en las circunstancias agravantes relativas a los delitos de estupro y desobediencia que respecto al de aborto. No obstante ello, la absolución que propondré respecto de este último, y la apreciable disminución en el monto máximo del marco penal aplicable que ello trae aparejado (cuatro años), justifica también una reducción en cuanto al monto de la pena a aplicar.

A este último respecto, encuentro que este colegio se encuentra habilitado para fijarlo por razones de economía procesal y habida cuenta que no se estima necesaria la realización de la audiencia prevista por el artículo 41 del Código Penal, desde que la observación de la audiencia respectiva y las constancias que emergen de los informes de fs. 10 y 18/19 del legajo de personalidad han permitido tomar conocimiento de las condiciones personales del imputado con incidencia para su determinación.

Por todo ello, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes respecto de los delitos de estupro y desobediencia por los que resultará condenado que fueron relevadas por el “*a quo*”, al igual que las atenuantes, a todas las cuales cabe remitirse y dar por reproducidas en beneficio a la brevedad, por implicar una adecuada aplicación al caso de lo establecido en el artículo 41 del Código sustantivo, estimo adecuado fijar la pena a imponer al aquí imputado en nueve años de prisión.

V. En virtud de todo lo expresado, propongo al acuerdo: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar parcialmente la resolución recurrida, y absolver a C.P.C. en orden al delito de aborto con consentimiento de la mujer (arts. 3, 123, 404, inc. 2º, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación). II. Fijar en nueve años de prisión, con accesorias legales y costas, la pena a cumplir en autos por C.P.C. como autor penalmente responsable de los

delitos de estupro agravado por haber sido cometido por un ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con desobediencia (arts. 12, 29, inciso 3º, 45, 55, 119, cuarto párrafo, incisos “b” y “f”, 120, segundo párrafo, y 239 del C.P., y 530 y 531 del C.P.P.N.). III. Rechazar los restantes agravios presentados por la defensa, sin costas en esta instancia (artículos 470, 471 –ambos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa, condenar al señor P. C. a la pena de diez años de prisión por considerarlo autor de los delitos de estupro agravado por haber sido cometido por un ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima (hecho “a”), aborto con consentimiento de la mujer (hecho “b”) y desobediencia (hecho “c”), todos en concurso real.

Contra esa decisión, la asistencia técnica del acusado interpuso recurso de casación, y se agravió por las razones sintetizadas en el apartado I del voto del juez Huarte Petite, a las que cabe remitirse en honor a la brevedad.

-II-

En punto a los agravios vinculados con la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de juicio para tener por acreditados los hechos individualizados como “a” y “c” en la sentencia, comparto la resolución del caso propuesta por el juez Huarte Petite en los apartados “III.a.1” y “III.b” de su voto, pues se observa que la sentencia recurrida exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración derivadas de la regla fundamental que consagra al estado jurídico de inocencia y de la regla legal que establece la sana crítica racional, lo cual permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 2º, apartado “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y definida conforme los parámetros fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” –registro n° 351/2015– y “Meglioli” –registro n° 911/2016– (ver los votos del



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

juez Magariños), que, en el caso bajo análisis, el tribunal oral arribó a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción de los hechos referidos y la responsabilidad del imputado en ellos.

A su vez, se advierte que el tribunal oral, al subsumir el suceso individualizado como “a” en el tipo penal de estupro agravado por haber sido cometido por un ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima (artículo 120, segundo párrafo del Código Penal), aplicó correctamente la ley penal, razón por la cual coincido con el colega preopinante en que el agravio introducido por la defensa con relación a este punto debe ser rechazado.

En particular, ello es así por la intrascendencia que, con relación al requisito normativo de la “inmadurez sexual” de la víctima, posee la mera circunstancia de que ésta haya mantenido relaciones sexuales con otras personas en forma previa a los hechos de este proceso, y, además, porque la fundamentación brindada por el tribunal oral para afirmar la concurrencia de la “relación de preeminencia” que el imputado tenía sobre la joven C. P., de quince años de edad al momento de los hechos, constituye una correcta interpretación y aplicación de la ley penal, en tanto se ponderó, fundamentalmente, que el acusado era su padre (cfr. copia certificada del certificado del acta de nacimiento de C. P., obrante a fs. 32) y que ambos habían comenzado a convivir poco tiempo antes de los episodios. Precisamente, en esa conexión, establecida por la estructura de la figura, entre este elemento –relación de preeminencia– y el primero al que se hace referencia en este párrafo –inmadurez sexual–, es posible encontrar un sentido a la última exigencia aludida, compatible con la comprensión social imperante hoy en nuestra comunidad.

-III-

Con relación a la valoración de la prueba realizada por el *a quo* para tener por acreditado el hecho individualizado como “b” en la decisión impugnada, y calificado –respecto del condenado P. C– jurídicamente como aborto con consentimiento de la mujer (artículo 85, inciso 2º, primera parte del Código Penal), no coincido con la solución propuesta por el juez Huarte Petite en su voto, en tanto el estimado

colega entiende que la prueba producida durante el debate oral y público no permitía acreditar con certeza, tal como, por el contrario, sí lo hizo el tribunal de juicio, que la interrupción del desarrollo del embarazo de la joven C. P., producida aproximadamente en la novena semana de gestación, en razón de la cual se debió practicar, en el nosocomio en el cual se la atendió, la expulsión del embrión sin vida el día 10 de octubre de 2014, fue consecuencia del comportamiento que, de modo concurrente con el de la propia joven C. P., llevó a cabo el acusado P. C.

Al respecto, corresponde destacar que el tribunal oral consideró probada la ingesta, por parte de la joven, de pastillas de “Oxaprost” por vía oral y, a su vez, la introducción, en su cuerpo, por vía vaginal, de ese mismo medicamento, practicada con la concurrencia material del acusado –y la predisposición corporal de C. P.–, asimismo, los jueces entendieron acreditado que ese procedimiento fue realizado aproximadamente en la novena semana del embarazo que ella cursaba, en tanto, en ese momento histórico, se ocasionó su interrupción y se produjo la necesidad de internar a la joven en un hospital, donde se procedió a practicar la técnica médica que permitió la expulsión del embrión, ya sin vida (cfr. historia clínica del Hospital T. Álvarez, obrante a fs. 166/172, incorporada por lectura al juicio).

Para arribar a esa conclusión, en punto a la acreditación del embarazo de la joven C. P., el tribunal oral ponderó particularmente la información aportada por la referida historia clínica, y destacó que de ésta se desprende que la nombrada fue asistida el 10 de octubre de 2014 por un “aborto en curso”, y que se llevó a cabo una evacuación extrauterina, razón por la cual permaneció internada hasta el día siguiente.

Por otro lado, con relación al comportamiento concreto atribuido al acusado, el *a quo* valoró la declaración de la joven –incorporada por lectura al debate oral y público con la conformidad de las partes–, a la cual asignó un valor probatorio elevado.

En particular, los sentenciantes tuvieron en cuenta que la nombrada manifestó que el acusado, al tomar conocimiento de la existencia del embarazo, le indicó que debía practicarse un aborto –razón



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

por la cual él mismo comenzó a buscar pastillas abortivas—, así como también ponderaron los jueces que la joven expresó encontrarse embarazada desde hacía aproximadamente dos meses y, puntualmente, que durante un día de la primera semana de octubre de 2014 el imputado introdujo cuatro pastillas de “Oxaprost” en su vagina, mientras ella ingirió otras dos; así fue que, conforme el relato valorado en la sentencia, el 10 de octubre, C. P. comenzó a tener dolores de panza y pérdidas de sangre, lo cual determinó su traslado al hospital, llevado a cabo por el propio acusado.

Asimismo, los jueces del juicio evaluaron que la joven C. P. agregó que, una vez en el hospital, ella no hizo ninguna referencia a las pastillas abortivas, incluso negó haberlas consumido cuando los médicos le preguntaron sobre el punto. El *a quo* consideró además que, según relató la joven, luego de realizarle una ecografía, los galenos le dijeron que estaba embarazada, pero que el feto había muerto, por esa razón la internaron y le introdujeron dos pastillas para lograr así la expulsión del embrión sin vida.

En la misma dirección, como elementos de prueba corroborantes de este aspecto de la declaración de C. P., los magistrados tuvieron en cuenta lo manifestado por distintos testigos que declararon durante el debate oral y público.

Así, los sentenciantes valoraron lo expresado por la señora B. C., quien manifestó que la joven C. P. le había solicitado pastillas abortivas, pero que luego le hizo saber que su padre ya se las había conseguido, así como también los dichos de M.A.P. —quien sostuvo que C. P. le refirió que el acusado “la obligó a abortar”—, F. J. —quien manifestó que la nombrada le señaló que el imputado “le hizo sacar el embarazo”— e I. C., madre de la joven C. P., quien declaró que su hija le hizo saber sobre las pastillas abortivas y que el acusado “se las hizo introducir por su vagina”.

A su vez, en punto a la etapa de desarrollo en la cual se encontraba el embrión al momento de su expulsión ya sin vida, el *a quo* ponderó un informe médico forense (cfr. fs. 373/374), incorporado por lectura al juicio, y destacó que allí se concluyó que “...*tomando en consideración lo que surge de la declaración de la menor y la medición ecográfica, es*

probable que al ingreso hospitalario la edad gestacional correspondiera aproximadamente a 9 semanas”.

Finalmente, con relación a las evidencias que permitieron al tribunal de juicio tener por probado el aspecto de la plataforma fáctica que aquí resulta de particular interés, esto es, si el embrión poseía viabilidad intrauterina con carácter previo al momento en el cual se llevó a cabo la práctica de interrupción del embarazo, cabe observar que los jueces apreciaron particularmente las conclusiones de la historia clínica del Hospital T. Álvarez (cfr. fs. 166/172), incorporada por lectura al juicio, y señalaron que allí se asentó que C. P. fue asistida el día 10 de octubre de 2014 por un “aborto en curso”, y que se llevó a cabo una evacuación extrauterina.

En tal sentido, también los jueces consideraron la pericia médico-forense arriba aludida (cfr. fs. 373/374), y relevaron las siguientes conclusiones asentadas en ese informe: “1. *No surgen de las historia clínica las causales del aborto. 2. En la historia clínica no se encuentra asentado la edad del embarazo por amenorrea ni por altura uterina. La ecografía realizada al ingreso describe un saco gestacional de 2.5 cm. con ausencia de latidos cardíacos (feto muerto)*’ [...] *Asimismo, se concluye que ‘La muerte del feto fue anterior al ingreso al Hospital no pudiendo precisarse en qué momento ocurrió el deceso ni sus causas (espontáneas o provocadas)’*”.

Con relación a esto último, el tribunal oral señaló, con acierto, que, pese a que “no se cuenta con una evidencia física que demuestre que el feto se hallaba con vida antes de que la menor ingiriera las pastillas”, no existe “otra hipótesis más razonable que sostener que la interrupción de la gestación obedeció al efecto de las drogas mencionadas”, y concluyó, de modo absolutamente plausible, que el embrión poseía viabilidad intrauterina al momento en el cual fue ejecutado el procedimiento de interrupción del embarazo.

En lo referente a este aspecto, se observa que la valoración probatoria expuesta en la sentencia impugnada muestra una conclusión fundada y razonable sobre la prueba de la materialidad de ese hecho, así como en relación con la intervención del acusado en el suceso, lo cual permite sostener que el tribunal de juicio, también en este punto, arribó



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del acontecimiento objeto de condena, conforme fueran definidos en los precedentes citados en el apartado II de este voto.

No es acertado sostener que la referencia formulada por el *a quo* en la sentencia, con respecto a la carencia de “evidencia física que demuestre que el feto se hallaba con vida antes de que la menor ingiriera las pastillas”, debía conducir al tribunal oral a concluir en la ausencia de un grado de certeza suficiente para arribar a una resolución de condena.

Del mismo modo, no es correcto entender que los jueces del juicio “tampoco se hicieron cargo de explicar de qué manera se encontraba acreditado que la droga a todo evento utilizada [...] hubiese provocado el deceso del feto, cuando la aludida peritación había determinado que tampoco podían determinarse las causales del aborto” (cfr. considerando “III.2.c” del voto que encabeza el presente fallo).

Ello es así pues, el tribunal oral no omitió tomar en consideración lo aportado por ese informe, sino que, por el contrario, tuvo en cuenta este aspecto de modo particular, y señaló al respecto que ello no constituía un obstáculo para arribar a la conclusión adoptada en la sentencia, en tanto no existía “otra hipótesis más razonable” que permitiese descartar que “la interrupción de la gestación obedeció al efecto de las drogas” que la joven C. P. ingirió y el acusado coadyuvó a introducir en su cuerpo.

El razonamiento de los magistrados es, en efecto, acertado, pues han justificado de modo suficiente que aquellos datos introducidos por el informe pericial referido, no alcanzan para configurar una duda de carácter “razonable” sobre el extremo fáctico en cuestión.

En tal sentido, una vez contrastado el tramo señalado del informe médico-forense obrante a fs. 373/374, con la totalidad del cuadro probatorio y las circunstancias particulares en las cuales se tuvo por acreditado que aconteció el hecho –en especial, lo manifestado por la joven acerca de los dolores en su panza, las pérdidas de sangre sufridas en esa ocasión, y lo expresado por ella en punto a que, al ingresar al hospital, negó lo relativo a la ingesta de pastillas de “Oxaprost”–, es

correcto concluir, como lo hizo la sentencia, que la interrupción del embarazo y el consecuente cese de viabilidad del embrión, encuentran explicación indubitable, sólo en la ingesta de las pastillas llevada a cabo por la joven y en la intervención del acusado en el procedimiento de introducción de esa droga en el cuerpo de ella.

A esto cabe agregar que la posibilidad de que el embrión haya perdido viabilidad intrauterina antes del ingreso de C. P. al hospital, en modo alguno descalifica la conclusión alcanzada por los jueces de la anterior instancia.

Ello es así pues, si se advierte, tal como se lo hizo en el informe médico forense de fs. 373/374, que lo declarado por la joven acerca del tiempo que llevaba embarazada se corresponde con la medición ecográfica practicada en el nosocomio –ambos datos permitieron concluir que la edad gestacional del embrión era de aproximadamente nueve semanas–, no resulta sustentable afirmar que el feto podría haber perdido viabilidad mucho tiempo antes de la realización del procedimiento dirigido a interrumpir el embarazo, en tanto, conforme lo probado, fue practicado horas previas al ingreso de C. P. en el hospital, lo cual demuestra que el desarrollo embrionario, hasta ese momento, había sido normal y compatible con el lapso que mediaba desde el inicio de la gestación.

Por lo demás, la conclusión a la que arribó el *a quo* en este punto se ve respaldada, como la única hipótesis razonable acerca de lo sucedido, si se observa que la dinámica del hecho acreditado se corresponde con lo explicado en la literatura científica acerca de los efectos generados por la droga utilizada en el caso (misoprostol).

En tal sentido, la droga mencionada es la recomendada, por ejemplo, por la Organización Mundial de la Salud para la interrupción de embarazos “menores o iguales a 9 semanas” (Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, *Uso de misoprostol en obstetricia y ginecología*, 3º ed., 2013, p. 34), y, con relación a la forma en la cual produce sus efectos, se explica que: “tiene acción sobre varios tejidos, incluyendo la mucosa gástrica y el músculo liso del útero y el cérvix. Provoca contracciones del músculo liso del útero, estimula la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

maduración cervical y aumenta el tono uterino” (Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo*, 2º ed. revisada y actualizada, 2015, p. 35).

A su vez, en punto a los síntomas que experimenta la mujer al ingerir la droga, se afirma que se encuentran sangrados, los cuales “normalmente empieza[n] el mismo día en que se toma el medicamento. Es leve a moderado, suele durar en promedio 9 días pero puede continuar hasta la siguiente menstruación”, y dolores o cólicos abdominales, que “normalmente comienzan durante la hora posterior a la toma del misoprostol” (Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral...*, cit., p. 39), todo lo cual se corresponde con lo relatado por C. P. en su declaración, pues allí la joven manifestó que, con posterioridad al suministro de la droga, comenzó a sufrir dolores de panza y a experimentar pérdidas de sangre.

En la misma dirección, otro dato relevante que también refuerza la conclusión expuesta por los jueces del juicio en la sentencia, y permite compatibilizar correctamente los elementos de prueba producidos durante el debate, es lo asentado en la historia clínica en punto a que C. P. fue asistida por un “aborto **en curso**” (cfr. fs. 166/172. El destacado se agrega), y lo señalado por ella acerca del tiempo transcurrido entre la ejecución del hecho y su arribo al hospital, pues ello encuentra una explicación adecuada en los tiempos que, de acuerdo a la literatura científica, la droga utilizada demora en producir la totalidad de sus efectos; al respecto, se destaca que “[e]n la mayoría de los casos la expulsión fetal y placentaria ocurren en las primeras 24 horas, pero puede demorarse entre 48 y 72 horas” (Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, *Uso de misoprostol...*, cit., p. 69), y que “la tasa de abortos en las primeras 24 horas es superior al 80%, y va incrementándose a medida que transcurre el tiempo, lográndose resultados muy exitosos alrededor de las 72 horas posteriores a la administración del misoprostol” (*ídem*, p. 71).

Ante todo ello, y la ausencia de cualquier otra hipótesis alternativa derivada, razonablemente, de los elementos incorporados al debate, no luce sustentable especular acerca de la existencia de hesitación

alguna en punto a cuáles fueron las condiciones fácticas antecedentes y explicativas de la interrupción del embarazo y del fin de la viabilidad intrauterina del embrión.

Por esa razón, toda vez que el razonamiento probatorio llevado a cabo por los jueces del juicio, para tener por acreditado el hecho individualizado como “b” en la decisión recurrida, se ajusta a las pautas normativas de valoración aplicables a toda decisión de condena, este aspecto de la sentencia impugnada debe ser confirmado.

-IV-

Con posterioridad a la correcta fijación del hecho individualizado bajo la letra “b” en la sentencia recurrida, los magistrados concluyeron, tal como ya se señaló, que el suceso era constitutivo del delito de aborto, y sostuvieron, en relación con el acusado, que éste debía responder en calidad de autor de ese delito, en la modalidad contemplada en el inciso 2º, primera parte, del citado artículo 85 del Código Penal, es decir, aborto con consentimiento de la mujer. En cambio, en lo referente a la actuación de la joven –ingesta por vía oral de las pastillas, predisposición corporal para que el acusado introdujera las cápsulas por vía vaginal, a fin de llevar adelante la interrupción del embarazo–, no formularon consideración alguna, ni explicaron cuál era el motivo por el que no lo hicieron, aunque, posiblemente, ello respondiese a la circunstancia de que, al momento de la producción del hecho, C. P. no contaba con la edad establecida por la ley penal para ser imputable (artículo 1 de la ley 22.278).

Sobre ese marco, corresponde determinar si la interpretación y el alcance asignado a la figura seleccionada en la decisión impugnada, y la consecuente subsunción del hecho bajo análisis en ese tipo penal, constituye una hermenéutica correcta de la norma aplicada al caso y, en particular, si con ese significado, la regla legal guarda coherencia con la totalidad del plexo normativo vigente hoy en nuestro país en relación con la materia en examen.

El estudio de ese aspecto de la sentencia deriva, por un lado, del cumplimiento estricto del deber fundamental, impuesto en esta instancia, consistente en someter a una revisión amplia a todo fallo de carácter



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

condenatorio, en tanto, claro está, ello no conduzca a consecuencias más gravosas para el recurrente (cfr. artículos 8, inciso 2º, apartado “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inciso 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y, además, conforme expliqué en un trabajo de doctrina (Magariños, Mario, “Estado de Derecho, interpretación y aplicación de la ley penal (pública) frente a las pretensiones de ‘un proceso adversarial’”, en *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 54 y ss.), y con posterioridad también en el fallo dictado en el precedente “Ullua” –registro n° 605/2016– (ver el voto del juez Magariños), la función de establecer y determinar la significación jurídica de los comportamientos prohibidos por la ley penal, así como su concepto y alcance, constituye una tarea exclusiva y excluyente de la jurisdicción, en razón de los deberes de independencia e imparcialidad que, sólo en el ejercicio de esa función, se imponen en el marco de un proceso penal. Ello, claro está, conviene reiterar, con el límite determinado por la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional).

Pues bien, es oportuno aclarar, ante todo, en función del carácter indispensable de la tarea consistente en establecer el contenido de la prohibición estipulada en la norma que subyace al tipo del artículo 85 del Código Penal, aplicado en la condena sometida aquí a revisión, que no resulta razonable ignorar ese análisis y omitir así ocuparse de fijar una decisión sobre el punto, con base en afirmar la incorrecta valoración que condujo al *a quo* a no advertir la falta de prueba suficiente sobre la causa o condición determinante del cese de viabilidad intrauterina del embrión, y la consecuente imposibilidad de atribuirla al procedimiento aplicado materialmente, por la joven C. P. y el acusado, a fin de lograr interrumpir el embarazo.

Es que, aun cuando esa descalificación de la ponderación probatoria efectuada por el tribunal de juicio se compartiera (lo cual no resulta posible por las razones expuestas en el considerando III del presente voto), e inclusive si se aceptara, sobre esa base, como consecuencia de carácter jurídico, que ello debe conducir a considerar

que en el caso se presenta un supuesto de “inidoneidad en el objeto”, lo cual, a su vez, impediría otorgar al comportamiento del acusado el significado de comienzo de ejecución (tentativa) del delito de aborto, en virtud de una predicada adhesión a la denominada “teoría de la falta de tipo” (con cita de Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 471-472), de todos modos, ese proceder no permite, desde una perspectiva lógico-jurídica, eludir la determinación, con carácter previo, de la materia de la prohibición y de los elementos que componen la figura o tipo penal seleccionado en principio; pues, únicamente de ese modo se tornará viable, luego, decidir la aplicación al caso de la citada teoría –en tanto se la considere correcta–

En otros términos, si se pretende sostener como relevante, para definir la tipicidad o atipicidad de un comportamiento, que “el objeto” al cual, desde la perspectiva fáctica, se encuentra dirigido el accionar, “carece de idoneidad”, es ineludible, en virtud de una correcta metodología jurídica, explicar, primero, cuál es el delito con que se relaciona, en principio, el suceso bajo examen, pues ello permitirá establecer cuáles son los elementos que constituyen o configuran al tipo penal seleccionado, lo cual, a su vez, importará la determinación del marco de la prohibición establecida por el legislador. Sólo una vez cumplidos esos pasos, será entonces conducente afirmar que, con respecto a determinado elemento *exigido por el tipo penal* (por ejemplo: el objeto de la acción), se verifica que el extremo fáctico *correspondiente a, o subsumible en*, esa exigencia típica, *carece de idoneidad*.

En síntesis, aun bajo la aceptación de la perspectiva teórica arriba aludida, es inevitable establecer si los hechos a considerar en el caso bajo análisis, esto es, la ingesta e introducción por vía vaginal, en el cuerpo de una mujer, que cursa un embarazo de aproximadamente nueve semanas de gestación, de un medicamento con aptitud para interrumpir ese proceso, son susceptibles de ser analizados a la luz de alguna figura penal; en su caso, de cuál y, para ello, habrá que determinar el sentido de la figura, individualizar qué elementos la componen, establecer si todos y cada uno de ellos concurren fácticamente en el caso del cual se trate, y



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

cuáles son sus características, por ejemplo, si al momento de llevarse a cabo el accionar descripto, el objeto al cual se dirigió (el embrión) poseía viabilidad, y ésta última sólo será una cuestión relevante, para verificar la tipicidad, en la medida en que la figura seleccionada para el análisis sea la contenida en el citado artículo 85 del Código Penal.

Se trata, en síntesis, de la aplicación, requerida en virtud del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) para la resolución de todo suceso enmarcado en el ámbito del derecho penal, de la conocida técnica o procedimiento de subsunción (cfr., por todos, Bacigalupo, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990).

En conclusión, decidir si los hechos probados en el caso se encuentran o no comprendidos en el tipo contenido en el artículo 85 del Código Penal, regla ésta aplicada por la sentencia en revisión, reclama, ante todo, examinar, tal como se dijo, cuál es el significado y el alcance de esa norma.

-V-

La elección y aplicación en la sentencia recurrida del artículo 85 del Código Penal al suceso considerado acreditado en el caso, supone, en verdad, una determinada hermenéutica de esa norma, en virtud de la cual se parte de entender que, el procedimiento ejecutado en el cuerpo de la joven C. P., dirigido a interrumpir su embarazo de aproximadamente nueve semanas de desarrollo, es portador, en principio, del significado propio de los términos “aborto”, “abortar”, o “causar un aborto”, utilizados por el legislador, como elemento constitutivo del comportamiento descripto en el tipo objetivo de ese delito.

Pues bien, esa interpretación parece acertada, en tanto, si se aplica una observación estrictamente gramatical de la palabra “abortar”, su definición, conforme el diccionario de la Real Academia Española, es la de: “*Interrumpir de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo*” (cfr. Diccionario de la Real Academia Española, actualización 2018, primera acepción. Las cursivas se agregan).

Además, esa definición, ajustada al sentido gramatical del verbo empleado en la ley, aparece compatible con la opinión sostenida, en

general, por los más destacados autores de la doctrina penal de nuestro país al analizar el delito en cuestión.

En efecto, ya de antiguo, el redactor del Código Penal vigente, Rodolfo Moreno (h.), afirmó: “[d]esde el momento que el aborto consiste en una acción tendiente a hacer fracasar un nacimiento, basta que la mujer se encuentre embarazada y que se accione sobre la misma a fin de que ese estado desaparezca, lo que implica matar al nuevo ser, para que se considere haberse incurrido en el delito. Las discusiones acerca del principio de la vida, a propósito de la respiración, del movimiento o de otros caracteres del ser, son innecesarias”, para concluir, entonces, que “[l]a nueva vida en rigor, se inicia con la concepción... De manera que cuando se destruye, el delito se produce y el autor cae dentro de las disposiciones que lo castigan” (*El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, pp. 409-410).

Alfredo Molinario, por su parte, luego de repasar la definición gramatical del término, señalaba: “[l]a gestación es un proceso que dura en el tiempo, un proceso no instantáneo, por medio del cual el germen humano pasa por una serie de modificaciones, hasta transformarse en un ser apto para la vida. Interrumpir deliberadamente ese proceso, es decir matar, constituye, precisamente, el delito que estudiamos” (*Los delitos*, edición actualizada por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1996, p. 200).

En esa misma línea de definiciones, Eusebio Gómez expresaba: “[e]n medicina legal, y para las aplicaciones forenses de la medicina, el aborto puede ser definido... diciendo que es ‘no la expulsión del producto de la concepción, sino la interrupción violenta del embarazo que se produzca en cualquier época o estadio del mismo, y lleve consigo la muerte o, como más exactamente se debe decir, la destrucción del producto de la concepción. En suma, el aborto, en sentido legal, es la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto’”, y agregaba que, por esa razón, “[p]ara que exista el delito de aborto es necesario: a) que haya un estado de gravidez; b) que el proceso de la misma sea interrumpido por maniobras dolosas, no importa de qué



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

naturaleza” (*Tratado de Derecho Penal*, t. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, pp. 130 y 140).

También Sebastián Soler, luego de destacar que “[n]uestra ley no define el aborto”, señalaba: “...la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda aun ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que, según sabemos, principia con el comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, es calificada de aborto... El feto es protegido en la medida en que es un embrión de vida *humana*. Si ése no es el caso, el hecho carece de objeto. En cambio, establecido el estado de gestación, es indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el feto” (*Derecho Penal Argentino*, t. III, 4º ed., TEA, Buenos Aires, 1987, pp. 96-97. Cursivas en el original).

Ricardo Núñez, por su parte, definía el término de forma idéntica, en tanto entendía que, en el concepto legal de aborto, “[s]u esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte de su fruto” (*Derecho Penal Argentino*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 161).

En igual sentido, Carlos Fontán Balestra expresaba: “[l]a materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción” (*Derecho Penal. Parte Especial*, 14º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 66 y 68).

Así también Carlos Creus, al analizar este tipo penal, sostenía: “[e]l delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto” (*Derecho penal. Parte Especial*, t. I, 3º ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 62).

Asimismo, Enrique Bacigalupo ha expresado que “[l]a protección de la vida tiene lugar mediante el tipo penal de aborto, cuya diferencia con el tipo de homicidio, también orientado a protegerla, radica en que el primero tiene su ámbito de protección desde la concepción hasta el comienzo del parto” (*Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, 2º ed., Akal, Madrid, 1994, pp. 17-18).

Más recientemente, al definir los elementos del delito de aborto, otros autores argentinos han arribado a conclusiones similares. Así, por

ejemplo, se señala que la operatividad de la prohibición comienza “[c]on la *concepción*”, pues “...la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada” (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 68 y 71-72. Cursivas en el original).

La breve reseña expuesta muestra la coincidencia entre el significado gramatical del término “abortar” y el asignado, por la doctrina penal dominante en nuestro medio, a ese verbo como elemento de la figura delictiva. A su vez, ello debería conducir a sostener que la elección del artículo 85 del Código Penal, con el fin de verificar si el hecho constatado en el caso es subsumible en esa regla, tal como se llevó a cabo en la sentencia recurrida, constituye una metodología correcta.

-VI-

Esa conclusión sobre el contenido de lo prohibido por la ley, en tanto deriva, de modo casi exclusivo, de una hermenéutica de carácter puramente gramatical, torna prudente, a fin de dar cumplimiento cabal a la tarea estrictamente casatoria, complementarla con un examen de coherencia, por un lado, intrasistemática con relación al propio Código Penal en el cual se encuentra incorporada la figura y, en especial, tal como se adelantó en el considerando IV del presente, también con la totalidad del plexo normativo vigente hoy en nuestro país, en lo atinente a la materia de la cual se trata.

a. En este sentido, un primer dato para tomar en consideración es la ubicación asignada por el legislador al delito de aborto en el Código Penal, pues, como sin discusión se ha destacado, “[l]a ley, para distribuir sistemáticamente las numerosas figuras de la parte especial, adopta el sistema de agruparlas en.... diferentes títulos, dividiendo luego cada título en un número variable de capítulos. Cada título corresponde, en general, a la idea de reunir todas las figuras que afectan determinado bien jurídico... Es una división suministrada por la adopción de un *principium divisionis* de carácter objetivo, como lo es el bien jurídico, y tiene la importancia de agrupar los hechos señalando la escala de valores sociales y sus distintas jerarquías... La clasificación de los delitos conforme al bien jurídico tutelado es también importantísima para la comprensión de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

algunas figuras, pues el sentido de éstas varía fundamentalmente, aun empleando la ley las mismas palabras, según que éstas tiendan a la protección de uno u otro bien jurídico” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, cit., pp. 3-4).

De ese modo, es posible advertir que, al criminalizar el aborto, el Congreso de la Nación lo ha ubicado entre los “delitos contra las personas” (cfr. libro segundo, título I del Código Penal) y, más específicamente, en el marco de aquellos que refieren a la vida y la integridad corporal (capítulos I y II, respectivamente).

Así, el conjunto de delitos agrupados bajo ese título por la ley penal, requiere, como condición normativa, que toda acción seleccionada como prohibida debe describirse como dirigida contra una persona, distinta, claro está, a la del propio autor, pues lo contrario supondría criminalizar la autolesión, lo cual, como será explicado a continuación, en el punto **b.** del presente, dentro del ordenamiento jurídico de un estado secular, como el instituido por la Constitución Nacional, resulta inadmisibile.

Ahora bien, como nota distintiva de los “delitos contra las personas” en el Código Penal argentino, la doctrina nacional ha señalado que “[d]el examen del contenido del título y de la comparación con otras leyes se deduce que nuestra ley emplea el concepto de persona en el sentido más limitado y restringido de persona física: piensa en la vida, en la salud, de manera que, en general, el cuadro hacia el cual se orientan todas las figuras es el de la tutela de la vida y de la salud en cuanto ciertas acciones ponen directamente causas tendientes a destruir esos bienes jurídicos” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, cit., p. 9).

De modo similar, se ha observado que “[n]o obstante la genérica denominación de la ley –que para rubricar el título ha preferido aquí, excepcionalmente, hacer referencia al sujeto portador de los bienes jurídicos–, sólo queda comprendido en la protección penal el interés por la integridad física y psíquica del hombre en todas sus manifestaciones: su vida, su estructura corporal, la plenitud de su equilibrio fisiológico y del desarrollo de sus actividades mentales” (Creus, Carlos, *Derecho Penal...*, t. I, cit., p. 5).

Asimismo, se ha afirmado: “[l]a persona puede ser sujeto pasivo de distintos delitos. Puede serlo de delitos que la priven de su vida o que atenten contra su integridad personal. Pero también puede ser objeto de delitos que lesionen su libertad, su honor, su honestidad o su tranquilidad. Bajo el título de delitos contra las personas, el Código penal sólo protege la persona física (su vida y su integridad personal). En títulos distintos protege el honor, la honestidad y la libertad de las personas” (Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lerner, Córdoba, 1988, p. 27).

Como consecuencia de lo descripto hasta aquí, es dable concluir que toda prohibición comprendida bajo el título de los “delitos contra las personas” en el Código Penal argentino, debe abarcar exclusivamente comportamientos con significado heterolesivo.

Para explicar el concepto con palabras del profesor Günther Jakobs, el injusto de los delitos contra las personas consiste en *arrogarse un ámbito de organización ajeno*, pues “[e]n una época en la que ya no existe un programa de derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente, y en la que a los vínculos religiosos en todo caso les corresponde un espacio residual en el ámbito privado, ya no es el Estado aquella institución que administra ‘objetividad, verdad y moralidad’, sino que, en el mejor de los casos, el Estado es garante de las condiciones externas para ello: la protección, la previsión y las prestaciones del Estado no sólo garantizan la supervivencia, sino la calidad de vida. Sin embargo, la respuesta a la pregunta por el sentido de la vida no viene de la esfera de lo público, sino en todo caso del ámbito privado” (“La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 395).

Por esa razón, destaca el autor citado, “[l]a autolesión de personas responsables, hasta la autodestrucción, no puede constituir un injusto, como tampoco puede serlo la participación en ella, ni siquiera la heterolesión con consentimiento o participación a propio riesgo del lesionado. Una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que, en cambio, también constituye una



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

autoorganización de esta otra persona responsable, sólo de manera aparente vulnera algún bien personal; en realidad, se trata de una forma (más o menos habitual o inusual, pero en todo caso privada) de modelar la vida de cada uno, que no sólo puede llevarse a cabo de propia mano, sino también en el régimen de división de tareas... *El injusto de los delitos contra las personas consiste en arrogarse un ámbito de organización; por consiguiente, es imposible que haya injusto cuando la persona que tiene derecho a actuar en ese ámbito de organización participa de manera imputable en la organización: en ese caso, ningún otro participante se arroga nada frente a él* (*idem*, pp. 395-396. El destacado se agrega).

Por consiguiente, un análisis intrasistemático de la ley penal vigente en nuestro país, determina un límite preciso para la interpretación de los alcances de lo prohibido por la figura bajo examen, pues, es útil reiterar: en el derecho penal argentino, el delito de “aborto” se encuentra comprendido entre los “delitos contra las personas” y, por lo tanto, el único sentido plausible de su significado debe hallarse en la tipificación de un comportamiento que presente carácter “heterolesivo”.

b. El resultado al cual se arriba, con base en una interpretación intrasistemática, en punto al sentido de la figura contenida en el artículo 85 del Código Penal, viene, además, impuesto por la exigencia de coherencia normativa que debe verificarse entre esa regla legal y lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto esta norma fundamental, en su primera parte, determina que: “[L]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Sobre la citada norma constitucional, he señalado con anterioridad, en un trabajo de investigación académica, que una correcta hermenéutica de esa regla permite advertir la consagración en su texto de dos principios fundamentales, esto es, de “dos límites al poder estatal, que bien demarcados en su alcance conceptual generan cada uno de ellos un muy amplio campo de consecuencias para la definición de un determinado modelo penal” (Magariños, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances*

del art. 19 de la Constitución Nacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 36-37).

La trascendencia de esos dos principios establecidos en la regla constitucional es, sin lugar a dudas, de central importancia para la cuestión bajo examen, pues éstos consagran “[l]a definición normativa de un ámbito legítimo para las prohibiciones penales y la consiguiente exclusión de toda consecuencia sancionatoria no vinculada estrictamente a él”, razón por la cual, una correcta comprensión de su alcance y consecuencias es determinante “tanto para un desarrollo adecuado de la tarea de selección normativa que el legislador debe llevar a cabo en la instancia de creación de las reglas penales, como también en el momento de aplicación de esas reglas, a cargo del intérprete” (*idem*, p. 21).

El primero de los límites establecidos por la norma fundamental, al utilizar el término “acciones”, es el denominado principio de *acto*, destinado a imponer “la exclusión del ámbito de las prohibiciones y mandatos de toda clase de ‘actos internos’, como los meros pensamientos, las intenciones, los propósitos perversos, las motivaciones o sentimientos viles, los rasgos de carácter o de personalidad, etc., a los cuales la Constitución argentina excluye de la regulación legal... mediante el empleo del vocablo ‘acciones’ en su texto” (*idem*, p. 36).

Este principio, propio de la tradición jurídica ilustrada, constituye un confín básico para la actuación del poder estatal, en virtud del cual es dable afirmar que “‘la piel como límite externo’ marca el ámbito mínimo que debe quedar preservado de toda clase de acción del Estado” (Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 296).

Además, ese primer límite se encuentra integrado, en la misma regla constitucional, con el principio del *carácter público* de los comportamientos. Pues, resulta sin duda imprescindible el complemento que al principio de acto le otorga la exigencia del carácter *público* que deben presentar las decisiones de voluntad exteriorizadas para ser materia de prohibición legal. De modo que, ese segundo requisito fue expresado por el constituyente argentino mediante la exclusión del



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

marco legal de aquellas acciones *privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero*, o, expresado en otros términos, que no resulten *perjudiciales a la sociedad*.

En síntesis, la mejor y más precisa descripción de la relación normativa que se presenta entre las dos limitaciones que el constituyente argentino impuso al legislador a través de la primera parte del art. 19 se encuentra en la fórmula utilizada por el redactor de esa norma, el presbítero Antonio Sáenz, esto es, “*sólo respecto de decisiones de acción exteriores y públicas se encuentra facultado el Estado a legislar*” (“Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23”, en *colección de Textos y Documentos para la historia del Derecho Argentino*, volumen I, Ed. Instituto de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1939, p. 80).

Ahora bien, en virtud de la relación directa, derivada de la jerarquía constitucional que posee el mandato vinculado con la *condición pública* que deben presentar los *actos* para constituirlos en materia de prohibición, del requisito de coherencia normativa determinado por el artículo 31 de la Constitución Nacional, y, a su vez, dada la ubicación sistemática del delito de aborto contenido en el Código Penal argentino, situado bajo el título de los “delitos contra las personas”, así como de la consecuente exigencia del carácter *heterolesivo* derivada de ella y, por lo tanto, de la necesariamente implícita exclusión, en la selección legislativa, de todo comportamiento de significado *autolesivo*, resulta conveniente detenerse en el trascendental sentido jurídico-político del mencionado imperativo fundamental.

Esa dimensión del axioma fue explicada con notable simpleza y claridad, ya en el año 1651, por Thomas Hobbes, al expresar que: “la ley no fue traída al mundo sino para limitar la libertad natural de los hombres individuales, de tal modo que no pudieran dañarse... uno a otro” (*Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, 2º ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1980, parte II, capítulo XXVI, p. 220).

Con posterioridad, transcurrido casi un siglo, sostuvo también Montesquieu, en relación con aquella clase de actos “que ofenden a la divinidad cuando no hay acción pública, no hay tampoco materia de delito: son cosas que pasan entre el hombre y Dios, quien conoce la magnitud y el momento de su venganza” (Montesquieu, Charles Louis de Secondat (barón de), *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Altaya, Barcelona, 1993, parte II, libro XXII, capítulo IV, p. 138).

Ese concepto, relativo al carácter *heterolesivo*, *público* o portador de *daño o perjuicio social*, es posible encontrarlo asimismo en la afirmación de que “la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación” (Beccaria, Cesare Bonesana (marqués de), *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Altaya, Barcelona, 1994, capítulo 7, p. 37).

Precisamente, con ese significado fue consagrada por primera vez, con nivel normativo, junto al principio de exteriorización, la regla de garantía que impone, además, el significado de *daño social* al establecerse, como mandato expreso dirigido al legislador, que “la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad” (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789, artículo 5º, primera parte), y esa norma constituyó, precisamente, la base para la redacción del contenido del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional (conf. Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973).

Al igual que en aquella norma original, en el texto de la regla de la Constitución argentina, el sentido de la exigencia del carácter *ofensivo* o *perjudicial* para lo *público* o para *terceros*, del cual deben ser portadoras las exteriorizaciones de voluntad o acciones seleccionadas como materia de toda prohibición penal, también puede ser explicado a través del pensamiento liberal de John Stuart Mill, quien destacó con particular énfasis: “la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo... La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (*Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Alianza, Madrid, 1996, pp. 65-66).

Asimismo, en nuestro medio, el profesor Carlos Santiago Nino, al analizar el ámbito de protección garantizado por el principio constitucional, se preguntaba si “¿[e]s acaso el envilecerse y degradarse un derecho constitucionalmente consagrado?” y respondía el interrogante, de modo contundente: “[l]a respuesta no puede ser sino afirmativa... Esto no implica, obviamente, que el envilecerse y degradarse no deba ser condenado en contextos no jurídicos; sólo significa que, como decía Carrara, las funciones de un legislador, que no degeneren en tiránico, no deben confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a los súbditos, en palabras de ese autor: ‘sed viciosos si os place; tanto peor para vosotros; yo no tengo derecho a infligiros penas por ello’” (“¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres?’”, en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, pp. 62-63).

En sentido coincidente, en el ámbito de la doctrina penal alemana, también Günther Jakobs explica que “[a]sí como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada... Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito” (“Criminalización en el estadio previo a la lesión...”, cit., pp. 297-298).

Por esa razón, sostiene el autor alemán, “[e]n un estado de libertades están exentas de responsabilidad no solo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea *per se* irrelevante. Un ciudadano solo se convierte en autor si... se comporta de un modo perturbador, es decir, si se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos” (*idem*, p. 303).

Por lo demás, esa hermenéutica, en punto a la exigencia derivada del principio del *carácter público* de los actos, determinada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ha sido asignada a la norma en diversas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al respecto, es ilustrativo lo afirmado por el juez Enrique Santiago Petracchi en su voto concurrente pronunciado en el fallo dictado en el precedente “Ponzetti de Balbín” (Fallos: 306:1892), acerca de que “[l]a protección material del ámbito de la privacidad resulta... uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias” (considerando 19°).

En esa misma línea, son también determinantes las consideraciones formuladas, con relación al límite constitucional que veda la criminalización de comportamientos de carácter autolesivo, en el conocido precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392).

Allí, el juez citado sostuvo que “las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, *aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos*, quedan, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales” (voto concurrente del juez Petracchi, considerando 12°. El destacado se agrega).

En ese fallo, resaltó además que “forma parte de la esfera reservada de los individuos la decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros” (voto concurrente del juez Petracchi, considerando 17°), pues, conforme explicó, “la disposición del art. 19 de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

la Carta Magna traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto, etc. Aquella norma excluye, así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas” (considerando 24°).

Similares consideraciones pueden encontrarse, a su vez, en el voto conjunto pronunciado por los jueces Belluscio y Bacqué en el referido precedente, donde luego de destacar la necesidad de distinguir entre “la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros”, afirmaron: “[p]recisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos” (considerando 8°).

Por esa razón, concluyeron que la norma constitucional bajo análisis “impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que [se] desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. *Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones*” (voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, considerando 8°. El destacado se agrega).

En la actualidad, la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional, en punto a la exigencia de dañosidad social o perjuicio a terceros, contenida en el precedente “Bazterrica”, mantiene plena vigencia como doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto ese tribunal ratificó estos conceptos al dictar sentencia en el precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963).

Ello puede advertirse, por ejemplo, en el propio voto del juez Petracchi, quien efectuó una remisión expresa a las consideraciones

realizadas por él en el citado fallo “Bazterrica”, así como también en el voto conjunto de la señora juez Highton de Nolasco y del juez Maqueda, quienes se pronunciaron en idéntico sentido y destacaron, en particular, que las cuestiones que planteaba el caso, en punto a los alcances de la norma fundamental del artículo 19 de la Constitución Nacional, habían sido resueltas de modo acertado en aquel precedente, el cual “en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener” (considerando 10°).

Al respecto, los jueces mencionados en último lugar, agregaron: “[c]abe señalar que la decisión mayoritaria del caso ‘Bazterrica’ se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída (voto de la señora juez Highton de Nolasco y del juez Maqueda, considerando 10°).

En la misma dirección se encuentra el voto del juez Lorenzetti, quien luego de referir que “[e]l artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”, concluyó que: “[d]e conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente ‘Bazterrica’” (considerando 11°).

A su vez, también resulta de interés destacar lo afirmado en el voto de la señora juez Carmen Argibay, pues esa magistrada, en lo que aquí resulta relevante, refirió: “[e]n coincidencia con los argumentos expuestos en ‘Bazterrica’ entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces *la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional*” (considerando 13°. El destacado se agrega).

Por su parte, en su voto concurrente, el juez Zaffaroni, luego de destacar que para resolver el caso correspondía “examinar previamente los alcances y restricciones que el artículo 19 de la Constitución Nacional le impone al Estado, a fin de salvaguardar el ámbito de privacidad de las acciones individuales que no ocasionan lesión o peligro concreto a terceros”, observó, con cita de José Manuel Estrada, que “el artículo 19 consagra con claridad la separación del derecho y la moral individual, decidiendo de una vez y para siempre, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona” (considerandos 10° y 11°).

Finalmente, el juez Fayt también realizó una serie de consideraciones, en punto a la exigencia de perjuicio a terceros contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que se encuentran en la misma línea que lo expresado en el precedente “Bazterrica”. Así, el magistrado sostuvo que “cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que ‘las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados’ concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio” (considerando 17°).

Además, ese mismo juez expresó: “[e]sta protección alcanza a todos los individuos y es por ello que el propio artículo 19 citado habilita al Estado a intervenir sólo a fin de proscribir interferencias intersubjetivas”, y remarcó, en sintonía con lo resuelto en el precedente “Bazterrica”, que “toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío

personal en tanto marco de una acción autorreferente. *Ello por cuanto no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma.* No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra” (voto del juez Fayt, considerandos 18° y 30°, respectivamente).

c. Lo expuesto en los dos últimos puntos determina que la ubicación sistemática asignada por el legislador al delito de aborto en el Código Penal, situado bajo el título de los “delitos contra las personas”, supone, necesariamente, la tipificación de un comportamiento de carácter heterolesivo, lo cual resulta, a su vez, una derivación directa del mandato constitucional relativo al significado *público* que deben portar las acciones seleccionadas por la ley (artículo 19 de la Constitución Nacional, primera parte), con la consecuente exclusión de cualquier posibilidad de criminalización de conductas expresivas de un sentido meramente autolesivo.

-VII-

Establecido todo lo anterior, corresponde determinar si la interpretación realizada sobre los alcances del delito de aborto en la sentencia impugnada, coincidente con la hermenéutica tradicional sostenida por la doctrina reseñada en el apartado V del presente, satisface la ineludible exigencia normativa fundamental examinada en el último considerando; esto es, si de acuerdo a las circunstancias fácticas que el *a quo* tuvo por acreditadas, la ingesta e introducción por vía vaginal en el cuerpo de una joven, de cápsulas de “Oxaprost”, a los efectos de interrumpir un embarazo, lo cual ocasionó la pérdida de viabilidad de un embrión de aproximadamente nueve semanas de gestación, configura un comportamiento portador de un significado de carácter heterolesivo, con sentido contrario a lo prohibido por el artículo 85 del Código Penal.

a. Pues bien, conforme se explicará a continuación, para una correcta resolución del caso bajo análisis, no es razonable ignorar un dato científicamente establecido, tanto en el estado actual de desarrollo de la biología, como en el de la medicina, el cual, no obstante su particular relevancia, no ha merecido ninguna clase de atención para la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

sustentación de la interpretación jurídica imperante en nuestro medio acerca del alcance de lo prohibido por el tipo penal de aborto, pues “[s]ería simplista –y contrario al pensamiento científico– considerar al embrión en forma genérica sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo” (Minyersky, Nelly y Flah, Lily R., “Del embrión a la persona: el proceso de gestación y la interrupción voluntaria del embarazo”, en Ramón Michel, Agustina y Bergallo, Paola (comps.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, EUDEBA, Buenos Aires, 2018, p. 317).

El punto a considerar, ineludiblemente, radica en la carencia absoluta de toda posibilidad de *viabilidad extrauterina* que presenta un embrión con un desarrollo aproximado a las nueve semanas de gestación.

Acerca de la dependencia que, en términos generales, un embrión posee en relación con el cuerpo de la persona gestante, es ilustrativo destacar, tal como explica el profesor Alberto Kornblihtt, doctor en ciencias químicas y biólogo investigador superior del CONICET, que: “la fecundación de un óvulo por un espermatozoide es condición necesaria pero no suficiente para producir un bebé”, pues “los embriones sólo pueden desarrollarse hasta la madurez dentro del útero” y, en consecuencia, “un embrión en desarrollo depende del intercambio placentario. El oxígeno y los alimentos pasan del torrente sanguíneo de la futura madre a la placenta y luego al embrión. El dióxido de carbono y las moléculas tóxicas pasan del embrión a la placenta y luego al flujo sanguíneo de la madre” (“Why I testified in the Argentina abortion debate”, en *Nature*, n° 559, 2018, p. 303).

En particular, en punto al grado de evolución de un embrión, en lo atinente a cuándo ha adquirido *viabilidad extrauterina*, conforme el desarrollo alcanzado en la actualidad por las ciencias biológicas y médicas, se explica que: “[h]ay dos categorías diferentes de los límites de viabilidad: La primera categoría se basa en la puesta al día de la tecnología médica y el conocimiento fisiológico para perseguir el límite de la prematuridad para la supervivencia intacta. Este límite de la viabilidad debe ser individualizado y discutido caso por caso. En algunos

lugares de Japón por ejemplo, esto se hace actualmente en gestaciones de 21 a 22 semanas. La segunda categoría de límite de viabilidad, se define a partir de las consideraciones socio-económicas y la aceptación por la sociedad de proporcionar o no intervención activa para neonatos prematuros en una cierta edad gestacional. Este límite de viabilidad es muy variable y oscila... en función de condiciones médicas y sociales” (Alda, Ernesto, Apás Pérez de Nucci, Agustín, Corimayo, Liliana, Mariani, Gonzalo, Otaño, Lucas y Sebastiani, Mario, “Recomendaciones para el manejo del embarazo y el recién nacido en los límites de la viabilidad”, documento elaborado por la Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, Área de Neonatología, Ministerio de Salud de la Nación, 2014, p. 14).

Desde la misma perspectiva científica, se destaca además que el término “viabilidad” implica “la calidad o el estado para poder vivir, crecer y desarrollarse” y, a su vez, que ese concepto “es superador con respecto a la definición de recién nacido de la OMS que define recién nacido vivo a ‘quienes demuestran signos de vida’. Esta definición no aplica a la ‘viabilidad’ habida cuenta que ya a las 20 semanas los recién nacidos vivos muestran movimientos musculares y frecuencia cardíaca pero las estadísticas muestran que no poseen aún la calidad y la maduración para poder vivir” (*idem*, p. 64).

Por esas razones, se advierte que “el significado o el concepto del término viabilidad [ha] cambiado en el tiempo de acuerdo a los avances de la medicina perinatal y neonatal, por lo que inexorablemente, debe ser analizado con flexibilidad, y territorialidad”, y se establece, entonces, en términos específicos y con referencia a lapsos concretos, que la “viabilidad” suele fijarse: “por encima de las 22 semanas, habida cuenta que en algunos países desarrollados la supervivencia a las 22 semanas puede llegar al 30 por ciento y a las 23 semanas es de 50 a 60 por ciento. No suele haber supervivencia a las 21 semanas de gestación por un lado, y por el otro es notable el incremento de supervivencia de las 22 a las 23 semanas” (*idem*, pp. 64-65).

En igual dirección, con referencia específica a las etapas del desarrollo pulmonar del embrión y, concretamente, a aquella situada en



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

las semanas 17 a 26, Bruce Carlson enseña: “la etapa canalicular se caracteriza por la formación de los bronquiolos respiratorios como consecuencia de la gemación de los componentes terminales en el sistema de bronquiolos que se constituyó durante el estadio pseudoglandular. Un camino que siguen diferentes tipos celulares a lo largo del árbol respiratorio en formación. Un gradiente de señales de BMP-4 y Wnt, en mayor cantidad en las puntas distales de las ramas, impide que las células distales formen fenotipos más característicos de ramas largas del árbol bronquial. El otro fenómeno esencial durante este periodo es la intensa invaginación de vasos sanguíneos hacia los pulmones en desarrollo y la estrecha asociación entre los capilares y las paredes de los bronquiolos respiratorios” y, en relación con ello, advierte puntualmente el citado autor que “en ocasiones, un feto nacido al final de este periodo puede sobrevivir con cuidados intensivos, pero la inmadurez pulmonar es la principal razón de la falta de viabilidad” (*Embriología humana y biología del desarrollo*, 5º ed., Elsevier, Barcelona, 2015, p. 362).

Ahora bien, la circunstancia de que ese estándar médico-biológico, relativo al lapso gestacional en el cual un embrión posee exclusivamente viabilidad intrauterina, esto es, solo en tanto permanezca, de modo inescindible, en el interior del cuerpo de una mujer, y aquél a partir del cual, en cambio, adquiere posibilidad científicamente cierta de vida extrauterina, no haya merecido consideración alguna para el examen jurídico del significado y alcance asignable al delito de aborto, por parte de la doctrina y jurisprudencia penal de nuestro medio, encuentra, por cierto, difícil explicación, si se observa que, precisamente, con base en ese patrón científico, ya en el año 1973, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dictó el célebre precedente “*Roe v. Wade*” (410 U.S. 113).

La destacada ausencia de reflexión sobre el referido estándar científico en el desarrollo del análisis jurídico de la figura penal, al menos a partir del dictado de aquel emblemático fallo, ni siquiera es posible explicarla sobre la base del enfoque de la aludida decisión jurisdiccional, dirigido a sustentar el ejercicio de control de constitucionalidad, pues,

por el contrario, esa decisión debió ser tomada en cuenta, al menos, para examinar si en ella se ofrecen argumentos conceptuales de interés para la exégesis legal de la norma penal, aun cuando se entendiese que correspondía repeler un, probablemente injustificado, desempeño de “activismo judicial” efectuado a través del fallo. Esto último, dicho sin perjuicio de advertir la existencia a este respecto de destacadas opiniones doctrinarias que han afirmado que una solución como la adoptada en el citado precedente sería perfectamente realizable en el marco del ordenamiento jurídico argentino (cfr., por todos, Ferrante, Marcelo, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 363-375).

Pues bien, lo particularmente interesante de aquel fallo para alcanzar el objetivo aquí propuesto, consistente en determinar una interpretación y aplicación razonable y legítima de la norma penal de la cual se trata, radica en el énfasis otorgado, en el voto que encabezó la decisión mayoritaria, al alcance del interés del estado en la protección de la “vida potencial”, en tanto se sostuvo su nivel prevalente frente a la decisión de la persona gestante, sólo a partir de la etapa del embarazo en la cual el feto adquiere *viabilidad extrauterina*, pues es desde ese momento que, según se afirmó, “el feto presumiblemente tenga la capacidad significativa de vivir fuera del cuerpo de la madre” y, en consecuencia, “la regulación estatal destinada a proteger la vida del feto luego de la viabilidad tiene justificación biológica y lógica” (cfr. el voto del juez Blackmun, especialmente los apartados VIII y X).

Además, la importancia conceptual presente en las consideraciones con base en las cuales fue dictado ese fallo, se acentúa al observar que el estándar científico adoptado para sustentar esa decisión, fue retomado, casi dos décadas después, cuando la Suprema Corte de Estados Unidos, en el caso “Planned Parenthood v. Casey” (505 U.S. 833), resolvió, en el año 1992, reafirmar la relevancia de la ausencia de viabilidad extrauterina del embrión, en la respuesta que proporcionó a un nuevo examen de la cuestión.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

En efecto, en el voto mayoritario se resolvió que el *holding* de “Roe v. Wade” debía ser confirmado, y se lo identificó de la siguiente manera, al establecerse: “un reconocimiento del derecho de la mujer a elegir abortar antes de la *viabilidad* y a realizarlo sin interferencias indebidas por parte del estado”, pues, “[a]ntes de la *viabilidad*, los intereses del estado no son lo suficientemente fuertes como para sustentar una prohibición del aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho de la mujer de efectivamente elegir el procedimiento” (apartado I del voto conjunto de la juez O’Connor y los jueces Kennedy y Souter. El destacado se agrega).

En ese sentido, luego de señalar que, si bien el tiempo transcurrido desde “Roe v. Wade” había sobrepasado las asunciones fácticas realizadas en ese precedente, en tanto “los avances en el cuidado de la salud materna permiten que los abortos sean seguros para la mujer en etapas más avanzadas del embarazo de lo que eran en 1973” y “los avances en la medicina neonatal han adelantado la viabilidad a un punto en algún sentido más temprano”, se advirtió, sin embargo, que ello no afectaba, en absoluto, la validez del punto central de aquel precedente, y se concluyó, en definitiva, que: “la *viabilidad* marca el punto más temprano en el cual el interés del estado en la vida del feto es constitucionalmente adecuado como para justificar una prohibición legal de abortos no terapéuticos... cuando sea que ocurra, *la obtención de viabilidad seguirá constituyendo el punto crítico*” (voto conjunto de la juez O’Connor y los jueces Kennedy y Souter, apartado III.A.4. Los destacados se agregan).

Finalmente, se insistió en la importancia del concepto de la viabilidad extrauterina, y se consideró que éste constituye “el momento en el cual existe una posibilidad realista de mantener... una vida fuera del útero, de modo que la *existencia independiente de la segunda vida* puede justa y razonablemente ser el objeto de una protección estatal que desplace los derechos de la mujer” y, a su vez, que “*no hay otra línea con mayor capacidad de rendimiento que la viabilidad*. Por supuesto... pueden existir avances médicos que afecten el punto preciso de la viabilidad... pero esta es una imprecisión que se encuentra dentro de los límites

tolerables, pues la comunidad médica y todos aquellos que deban aplicar sus descubrimientos continuarán explorando el asunto” (voto conjunto de la juez O’Connor y los jueces Kennedy y Souter, apartado IV. Los destacados se agregan).

b. Sobre la base de todo lo examinado en el último apartado, se torna indiscutible que aquella comprobación, derivada de la ciencia biológica y médica, referida a la imposibilidad de que un embrión, de aproximadamente nueve semanas de gestación –conforme la evolución del embarazo acreditada en el caso aquí bajo examen–, cuente con alguna oportunidad de viabilidad extrauterina –en tanto, de conformidad con la reseña de la bibliografía científica-no jurídica, contenida en el apartado a) del presente voto, en ese período gestacional el nivel de desarrollo que presenta, se encuentra *muy por debajo* de aquel indispensable para alcanzar tal condición–, no debe ser desatendida a los efectos de establecer una correcta y razonable interpretación del delito de aborto contenido en el Código Penal argentino, toda vez que, tal como más arriba fue explicado, para cumplir con esa tarea, no sólo corresponde tener en cuenta el título bajo el cual la figura es contemplada en la ley que la contiene (“delitos contra las personas”), sino, además, la también analizada exigencia fundamental impuesta por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Es que, dada esa condición de viabilidad *exclusivamente* intrauterina, esto es, dependiente de modo inescindible de la permanencia en el interior de la mujer gestante y, por lo tanto, conformando así una evidente unidad corporal, el embrión se configura, en ese período gestacional, como una parte más, consustancial, de un único cuerpo humano, de una sola y exclusiva unidad personal: la constituida por la persona gestante.

En otras palabras, tal como con claridad lo explica el profesor Alberto Kornblihtt, la dependencia del embrión del cuerpo de la persona gestante es destacada en el campo de la biología, y es lo que lleva a considerar, por ejemplo, que, en tanto “sus células dependen de su torrente sanguíneo para recibir nutrientes y eliminar desechos”, “un embrión es *casi como un órgano de la madre*” (“Why I testified...”, cit., p.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

303. El destacado se agrega), razón por la cual “[p]ara la biología, un embrión es un embrión y no un ser humano. En todo caso, es un proyecto de ser humano que necesita una serie de pasos que ocurren dentro del útero para llegar a ser un ser humano” (cfr. exposición realizada el 17 de julio de 2018 en la Reunión plenaria de las comisiones de Salud, de Justicia y Asuntos Penales y de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, Dirección General de Taquígrafos, pp. 91-92).

En síntesis, la inescindible unidad y permanencia en el interior del cuerpo de la mujer, que biológicamente requiere, como condición ineludible de viabilidad, un embrión de aproximadamente nueve semanas de gestación y, por consiguiente, la absoluta carencia de toda posibilidad, científicamente comprobada, de viabilidad extrauterina en ese estadio, determina, tanto desde una perspectiva biológica y médica, como desde la propia lógica jurídica, e inclusive desde una observación apoyada en un puro criterio de sentido común, la insustentabilidad de considerar allí la existencia de “otra persona”, susceptible de ser conceptualmente diferenciada de la propia mujer gestante.

En consecuencia, una lesión o daño dirigido hacia un embrión en ese período de gestación, aun cuando importe el cese de la viabilidad –exclusivamente posible de sostener, en ese momento, en el interior del útero–, sea que resulte auto o hetero infligido, solo se configurará, o poseerá el significado, de afectación a una parte del único cuerpo, de la única persona existente en esa etapa, esto es, de la mujer.

c. Esa constatación trae aparejada una serie de consecuencias en el ámbito jurídico, de cuya consideración es necesario ocuparse ahora.

Así, en primer término, resulta indiscutible, alcanzado este punto en la totalidad del análisis hasta aquí llevado a cabo, que toda lesión producida de propia mano por una mujer sobre una parte de su cuerpo, no posee ninguna relevancia jurídico-penal respecto de ella; pues, sea que se trate de la actuación de una persona adulta y con plena capacidad de decisión sobre sus actos, o bien que, tal como ocurrió en el caso bajo examen (por razones que serán explicadas más abajo), no resulte posible asignar a su actuación el sentido correspondiente al de una persona responsable, lo cierto es que, de cualquier modo, en lo estrictamente

autorreferencial de su comportamiento, por tratarse de una acción materialmente infligida por ella misma sobre una parte del propio cuerpo, de la única persona existente en ese momento, el significado de su conducta presentará carácter autolesivo, con lo cual, el legislador penal se encuentra impedido de acuñarla como delito, no sólo bajo la figura de aborto, sino mediante su tipificación a través de cualquier otra regla legal de índole criminal, en razón de la limitación constitucional impuesta en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional.

En definitiva, “[c]omo ya no es posible determinar un sentido objetivo de la existencia humana, queda excluido que la víctima se arroge la organización frente a ella misma”, y, por lo tanto, la única conclusión posible es entender que “[l]a autolesión no sólo es impune, sino que no constituye injusto” (Jakobs, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión...”, cit., p. 412. El destacado se agrega).

De ese modo, tampoco será válida cualquier hermenéutica con base en la cual se pretenda otorgar a una norma penal –incluida, claro está, la figura de aborto–, un alcance que la torne abarcativa de un comportamiento portador de un sentido puramente autolesivo.

En una dirección similar, una importante opinión doctrinaria ha señalado, aunque sobre la base de una propuesta metodológica y de un criterio distintos a los aquí desarrollados, que el tipo penal de aborto no debe ser interpretado “como castigando lo que el artículo 19 [de la Constitución Nacional] le impide castigar”, sino, en cambio, “como alcanzando solamente a aquellos abortos que el principio de daño [o el del *carácter público* de los actos] le permite penalizar”, pues “en la etapa inicial del embarazo el embrión o feto no alcanza a ser un ‘tercero’ en los términos del artículo 19 de la Constitución” (Alegre, Marcelo, “¿Es el aborto temprano una de las acciones privadas de las mujeres protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional?” en Ramón Michel, Agustina y Bergallo, Paola (comps.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, EUDEBA, Buenos Aires, 2018, pp. 162-165).

Por consiguiente, lo establecido en el presente apartado c), conduce a señalar un primer error en la interpretación formulada por la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

sentencia recurrida, en tanto, al haberse entendido en ese decisorio que, la ingesta por vía oral realizada por C. P., así como la introducción en su cuerpo, por vía vaginal –efectuado por el condenado P. C.–, de cápsulas de “Oxaprost”, al ocasionar la interrupción de un embarazo de aproximadamente nueve semanas de desarrollo, configuró un accionar penalmente típico de aborto.

Ello es así, aún cuando el *a quo* sólo tomó en cuenta la conducta del acusado para calificarla como constitutiva de “aborto con consentimiento de la mujer” (artículo 85, inciso 2º del Código Penal), pues, de ese modo, se efectuó una hermenéutica hasta tal punto *sobreinclusiva* que, de considerarse acertada, comprendería también bajo la prohibición penal de aborto conductas de carácter autolesivo y, de ese modo, se estarían colocando a las reglas legales de los artículos 85 a 88 del código de fondo, en franca contradicción con la limitación establecida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En efecto, de ser correcto lo resuelto en el decisorio impugnado sobre el punto en examen, en la medida en que se consideró a la acción del imputado como penalmente típica de “aborto con consentimiento de la mujer”, también ese comportamiento de “la mujer” resultaría jurídico-penalmente relevante, pues el artículo 88 del Código Penal precisamente tipifica como delito a la conducta de “*la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare*”.

Así, más allá de que en el caso, debido a la edad con la cual contaba al momento del suceso, la joven no era imputable penalmente, su comportamiento resultaría, no obstante, subsumible en la figura penal citada en el último párrafo.

Sin embargo, la lesión que, en cierta medida, de propia mano (mediante la ingesta del medicamento) aquella coadyuvó a ocasionar, recayó –conforme lo arriba explicado–, en una parte inescindible del interior de su propio cuerpo, razón por la cual el significado de esa conducta sólo posee carácter de autolesión y, como tal, no es susceptible de encontrarse abarcada por norma penal alguna.

Sostener lo contrario requiere asignar a las reglas del Código Penal que tipifican el aborto un alcance fundado en una interpretación

desinteresada del estándar establecido en el orden científico-no jurídico, pues, al entender comprendidas como delito de aborto, conductas de interrupción de un embarazo, sin importar cuál es el grado de desarrollo del embrión al momento de ejecutar ese comportamiento, se omite por completo considerar una diferenciación particularmente significativa, en tanto, la constatación de la existencia de un embrión es una condición *necesaria*, pero no *suficiente*, para afirmar el carácter heterolesivo de la acción y, en consecuencia, sí pasible de ser seleccionada por, y subsumida en, alguna de aquellas reglas legales (artículos 85 a 88 del Código Penal).

d. Antes de finalizar con el tratamiento de lo considerado hasta aquí, es conveniente agregar algunas reflexiones adicionales referidas a la repercusión jurídica que lo sostenido adquiere también frente a supuestos en los cuales el suceso poseerá igualmente significado autolesivo al producirse la interrupción del embarazo –siempre, claro está, en un período de desarrollo gestacional determinante de la inviabilidad extrauterina del embrión–, aun cuando no se realice por la propia mano de la mujer, sino con la intervención de un tercero que, sin embargo, no se arrogue con su actuación un ámbito de organización ajeno, en la medida en que, al contrario, sea la propia mujer gestante quien mantenga, desde la perspectiva jurídica, competencia para definir el hecho con significado autolesivo, aun cuando el tercero actúe materialmente en último lugar.

En efecto, los sucesos en los cuales una persona produce, de propia mano, una lesión sobre su cuerpo, no constituyen la única constelación de supuestos en los cuales un comportamiento puede ser definido como una “autolesión”. Por el contrario, también cabe caracterizar de la misma forma aquellos hechos en los cuales, desde el punto de vista material, un tercero actúa con posterioridad, o en simultáneo, al comportamiento de la persona lesionada, pero mientras ésta continúa siendo competente para definir al acontecimiento con carácter “autolesivo”.

En tal hipótesis, el tercero participará en una autolesión y, en el Código Penal argentino, la participación en una autolesión, inclusive



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

dirigida contra la integridad corporal de quien se autolesiona, no se encuentra tipificada como delito.

El único supuesto de intervención de un tercero en una autolesión, seleccionada en el derecho penal positivo argentino, lo constituye el caso de instigación o ayuda al suicidio, contemplado en el artículo 83 del Código Penal; norma ésta acerca de cuya legitimidad no es necesario detenerse a especular aquí.

Excluida, pues, esa hipótesis de intervención de un tercero en esa clase de autolesión (suicidio), en los restantes supuestos, en el derecho penal argentino, la participación será jurídico-penalmente irrelevante, en tanto, claro está, quien decida autolesionarse sea una persona responsable, pues, de lo contrario, siempre se tratará de una “heterolesión” cometida por el tercero.

En este sentido, Jakobs explica: “[s]iempre que la víctima misma participe, esto es, organice conjuntamente con otros, no hay por parte de éstos arrogación de la organización del ámbito de la víctima. Por consiguiente, toda organización en la que participa la víctima de manera imputable no constituye un injusto de heterolesión” (“La organización de autolesión y heterolesión...”, cit., p. 412).

La razón de ello radica, en efecto, en la circunstancia de que la actuación en último lugar por parte de un tercero no constituye, por sí sola, un dato concluyente para caracterizar a un suceso como portador de un significado heterolesivo, pues “el mero hecho de que alguien actúe en último lugar es *per se* una constatación puramente naturalista, cuya relevancia jurídica aún debe ser expuesta”. Asumir lo contrario –esto es, que la actuación de un tercero en último lugar otorga, automáticamente, carácter heterolesivo a un episodio–, constituiría “la elevación hasta lo mágico de la circunstancia de que quien actúa en último lugar toma la decisión definitiva acerca de si se realiza el hecho” (*idem*, p. 397).

Por esto, superado ese defecto en el razonamiento, solo corresponde identificar el dato relativo a la actuación del tercero en último lugar con la atribución del suceso a él cuando no puede “distanciarse[lo]... del acontecer subsiguiente”, es decir, “cuando aquello que ocurre también a continuación es *su* hecho” (*idem*, pp. 398-399).

Destacado en el original). Dicho en términos más concretos: “la comisión de propia mano, el hecho de actuar como último, por tanto, no debe entenderse sólo como descripción naturalista de una situación, sino que debe completarse en el sentido de que la persona en cuestión además *debe ser competente* para todo lo que acontezca a continuación” (*ídem*, p. 399. El destacado se agrega).

Lo anterior, naturalmente, también resulta aplicable a aquellos supuestos en los que existe *simultaneidad* entre el comportamiento de la víctima y aquel del tercero, es decir, la constelación en la cual tanto quien se lesiona como la otra persona actúan conjuntamente en último lugar, pues, en este grupo de casos, “la víctima se lesiona en alguna medida a sí misma, porque participa en la decisión acerca de si se lleva a cabo el hecho”, y no se la priva de “la decisión acerca de si el hecho se lleva a cabo o no” (*ídem*, p. 402).

En definitiva, lo expuesto significa que, aún en aquellos supuestos en los cuales las consecuencias lesivas, ocasionadas por la interrupción de un embarazo practicado durante el periodo en el cual el embrión carece de toda posibilidad de viabilidad extrauterina, inclusive cuando no sea producido por la ejecución de propia mano de la persona gestante, sino, en cambio, por el accionar de un tercero que actúa materialmente en último lugar, de todos modos podrá ser caracterizado, en virtud de la definición del hecho otorgada por el comportamiento de la propia mujer, como una autolesión, lo cual privará a la totalidad del suceso de relevancia jurídico-penal.

Ello será así bajo la condición, además, de que la mujer gestante, sea una persona responsable y cuente en todo momento, con competencia para asignarle al hecho un significado autolesivo, lo cual presupone la configuración del suceso de un modo tal que la mujer mantenga plena consciencia, tanto de su intervención para la definición final del episodio, como de la participación del tercero, hasta último momento; de ese modo, el hecho también debe caracterizarse como autolesión, en tanto la única persona que en tal hipótesis se arroga de forma definitiva el significado de lo ocurrido es la mujer gestante, y no el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

tercero que colabore con ella en la producción de una autolesión infligida sobre una parte de su propio cuerpo.

Por el contrario, si en la interrupción del embarazo, igualmente producida en una etapa de su desarrollo en la cual no existe posibilidad alguna de viabilidad extrauterina del embrión, interviene un tercero, y la actuación de la mujer gestante no puede ser considerada como la de una persona plenamente responsable, o bien, si pese a serlo, por la razón que fuere, no mantuviera, sobre su propia intervención, o sobre la del tercero, plena consciencia en todo momento de la ejecución del procedimiento, entonces, la participación del tercero poseerá carácter heterolesivo, y las consecuencias dañosas producidas en el cuerpo de la mujer le serán atribuibles a él en ese carácter, aun cuando la calificación jurídica que corresponda asignarle al hecho, no deba ser formulada sobre la base de alguna de las figuras que criminalizan al aborto, sino con relación a otro tipo de delitos. Precisamente, sobre esta cuestión, será necesario detenerse más abajo, dadas algunas de las características presentes en el caso sometido a resolución.

Ahora bien, las consecuencias alcanzadas hasta aquí, conforme se explicará en el siguiente considerando, no conducen a ninguna clase de contradicción con otras normas que integran el orden jurídico argentino.

Así, la no prohibición, bajo alguna de las figuras del delito de aborto contenidas en el Código Penal, de la interrupción de un embarazo de aproximadamente nueve semanas de evolución, en razón de la vigencia del estándar científico-no jurídico que determina la ausencia absoluta de posibilidades de viabilidad extrauterina del embrión en ese período, y la consecuente consustancialidad e inescindibilidad que presenta como parte del cuerpo de la mujer gestante, y, a su vez, el hecho de que aquella consecuencia normativa, según se explicó, se encuentre determinada tanto por una interpretación intrasistemática de la propia ley penal, como, en especial, de los límites impuestos al legislador, y también a los jueces, por el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional, no supone inconsistencia alguna en relación

con otras normas vinculadas a la cuestión bajo examen y consagradas en el ordenamiento jurídico argentino.

-VIII-

Lo afirmado a modo de conclusión en el último considerando del presente, conforme se desarrollará a continuación, es sustentable si se lo examina frente a otras reglas de la Constitución Nacional.

Sin embargo, en un sentido contrario, se han expuesto posiciones que, mediante la invocación de disposiciones contenidas en ella y en tratados internacionales de derechos humanos con igual nivel normativo, han sostenido la existencia de obstáculos para arribar a una solución como la aquí propuesta, y ello, esencialmente, pues esas normas fundamentales impondrían, según se entiende, concluir que un embrión, aún en las etapas más tempranas del embarazo –concretamente, a partir del momento de la “concepción”–, es una “persona”, titular del derecho humano a la vida y, por ello, debe, ineludiblemente, encontrarse protegido por la ley penal.

a. Esas opiniones, conforme se reseñará a continuación, suelen estructurarse mediante la invocación de un plexo jurídico al cual se considera integrado por disposiciones de la propia Constitución Nacional y, además, por otras de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De ese modo, se afirma que esa base normativa, por ejemplo, determinaría concluir que “el embrión es jurídicamente reconocido en nuestro país como sujeto pleno de derechos”, y que ello sería así por las siguientes razones: “[t]odo ser humano es persona, tiene derecho intrínseco a la vida y todas las personas son iguales ante la ley. *La existencia de la persona comienza con la concepción y desde ese mismo momento se reconoce y garantiza el derecho inviolable a la vida...* En nuestro país, la jerarquía constitucional que califica superlativamente el reconocimiento jurídico de la personalidad atribuible a todo ser humano se complementa con la protección de la vida desde el momento de la concepción sin



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

posibilidad de distinción alguna en virtud de la igualdad inherente a todas las personas” (Pastore, Analía, “La propuesta de legitimación del aborto y el principio de coherencia en el derecho positivo (más allá de la inconstitucionalidad)”, en *DFyP* 2018 (julio), *La Ley*, pp. 1-2. El destacado se agrega).

En el mismo sentido se expresa que, en particular por lo dispuesto en el artículo 4, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el análisis del asunto, en el ordenamiento jurídico argentino, debe guiarse mediante las siguientes premisas: “1) toda persona tiene derecho a que se respete su vida; 2) ese derecho debe protegerse por la ley; 3) dicho derecho rige, en general, desde el momento de la concepción; 4) *a partir de ese instante, el ente engendrado es persona*; 5) nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida”; estas proposiciones, sumadas a las demás disposiciones citadas más arriba, obligarían a concluir que “la posibilidad de ultimar a un feto, nasciturus, sujeto en gestación... sin causa legítima, y por el solo arbitrio de la progenitora, es una alternativa jurídicamente inviable, inconvencional e inconstitucional” (Sagüés, Nestor, “Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima” en *Pensar en Derecho*, n° 12, EUDEBA, 2018, pp. 31-33. El destacado se agrega).

A su vez, con igual fundamento en esas reglas, suele enfatizarse que la existencia de la “persona” comienza con la “concepción”, y que ello, en consecuencia, justificaría “el deber de defender el derecho a vivir del niño desde que comienza su existencia: desde la concepción” (Badeni, Gregorio, “Derecho a la vida y aborto” en *Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2007, pp. 21-22), pues, según se refiere, sería “difícil ignorar el sólido y armónico ordenamiento jurídico que reconoce que todo ser humano es persona, y que la persona comienza con la concepción” (Lafferriere, Jorge, “La legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida”, en *DFyP* 2018 (julio), *La Ley*, p. 2).

Finalmente, a modo de síntesis de las opiniones reseñadas hasta este punto, luego de destacar que “el inicio de la vida desde el momento

de la concepción” cuenta con reconocimiento en normas fundamentales que integran el ordenamiento jurídico argentino, María Angélica Gelli expresa que ello conduce a entender que “el no nacido *es un tercero* que impone la intervención del Estado a fin de protegerlo, más allá de los derechos a la privacidad o a la intimidad que pudiera aducir la madre gestante” (“Los planos de análisis en el derecho a la vida y la cuestión del aborto” en La Ley, 2006-E, 741, p. 4. El destacado se agrega).

b. Frente a tales afirmaciones, cuya aceptación obligaría a entender que las consecuencias interpretativas a las cuales se arribó en el considerando VII de este voto no son consistentes con lo establecido en la Constitución Nacional y en distintos tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía normativa –pues, en lo central, conforme se sostiene, esas reglas fundamentales conducirían a concluir que, luego de la concepción, un embrión es una “persona”– parece prudente realizar un análisis individualizado de cada una de las normas referidas, y constatar si, debido a su contenido, éstas imponen una conclusión contraria a la sostenida en este voto. Esto es, si, de acuerdo a esas normas fundamentales, la interrupción de un embarazo, practicada en una etapa de su desarrollo en la cual no existe posibilidad alguna de viabilidad extrauterina del embrión, debe ineludiblemente caracterizarse como un comportamiento con un significado lesivo, no sólo para el cuerpo de la persona gestante, sino que, conceptualmente, ya en ese período, el daño va más allá del cuerpo de la mujer y, por lo tanto, el delito de aborto es legítimamente aplicable ante esa configuración fáctica, sin importar, además, –a los efectos de esa definición delictiva– la constatación de una decisión plenamente gobernada por la mujer gestante (inclusive cometida de propia mano), o si, por el contrario, la competencia para decidir el suceso solo es atribuible, material y/o jurídicamente, a un tercero.

Pues bien, para desarrollar la tarea propuesta, es necesario, ante todo, detenerse en las consideraciones de dos fallos dictados, respectivamente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en tanto las decisiones de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

esos tribunales, como es sabido, poseen un valor interpretativo muy particular dentro del contexto del ordenamiento jurídico argentino.

En este sentido, con relación a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien sus fallos se circunscriben a los procesos concretos que le son llevados a su conocimiento y decisión, y no resultan obligatorios para la resolución de todo caso análogo sometido a decisión de cualquier otro tribunal del país, los jueces tienen, sin embargo, el deber de conformar sus decisiones a las de aquel tribunal, en la medida en que carecerán de fundamento las sentencias que se aparten de sus precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en esos fallos, toda vez que reviste el carácter de “intérprete final” de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (cfr. Fallos: 303:1769, 311:1644, 325:2005, en especial considerando 5° del voto del juez Fayt, entre otros).

En razón de ello, es preciso relevar la doctrina vigente sobre la materia en examen, establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “F., A. L.” (Fallos: 335:197), pues, si bien en esa decisión se analizó, en relación con el delito de aborto, otra norma de derecho común –el artículo 86, inciso 2°, primera parte, del Código Penal–, parcialmente distinta a la aplicada por el tribunal de juicio en el caso bajo examen, ese análisis se efectuó respecto del mismo comportamiento típico básico, también contemplado por la regla legal seleccionada en la sentencia aquí impugnada –artículo 85, inciso 2° del Código Penal– y, por ese motivo, las consideraciones expuestas en el fallo citado exigen particular atención para la decisión a adoptar en el presente, acerca de la correcta o errónea selección de la ley impuesta.

Es que, en aquel fallo, al considerar una serie de agravios planteados con base en un pretendido desconocimiento, por parte del tribunal superior de la causa, del “plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción”, la Corte examinó los alcances de aquellas normas fundamentales en las cuales, precisamente, se sostienen las posiciones reseñadas en el punto a) de este considerando.

Por otro lado, en cuanto a la consideración que se otorgará aquí a un caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es oportuno recordar que, como estándar mínimo en punto a su valor jurídico, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Giroldi” (Fallos: 318:514), la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “ha sido establecida, por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2do. párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, y en ello reside que “la aludida jurisprudencia deba servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales” (Fallos: 318:514, cit., el destacado se agrega).

Tales motivos conducen pues, a prestar especial atención a los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (sentencia de 28 de noviembre de 2012), en el cual se examinó, precisamente, la virtualidad de un argumento basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual los estados se encontrarían obligados a proporcionar una “protección absoluta del derecho a la vida del embrión humano”, y a considerarlo “persona”.

La importancia de detenerse en el examen del desarrollo realizado por la Corte Interamericana en el citado fallo, radica en que, para responder a ese argumento, el tribunal fijó los alcances de las normas fundamentales del sistema interamericano con base en las cuales pretenden sustentarse las opiniones reseñadas en el punto a) de este considerando y, además, ese tribunal realizó una serie de consideraciones adicionales que, si bien se vinculan con otras reglas fundamentales de orden internacional, respecto de cuya aplicación no posee jurisdicción la Corte Interamericana, al tratarse de pactos que integran el sistema universal de protección de derechos humanos, las reflexiones formuladas por ese tribunal presentan una particular importancia a los efectos de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

lograr una correcta hermenéutica normativa en la resolución del caso bajo análisis.

c. Las precedentes consideraciones, permiten entonces examinar, en primer lugar, si el artículo 75, inciso 23° de la Constitución Nacional, en tanto establece que “[c]orresponde al Congreso... Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”, impone allí alguna clase de obligación estatal que impida conferir plena razonabilidad a la conclusión sostenida en el considerando VII de este voto.

La respuesta negativa ha sido formulada por la Corte Suprema en el citado precedente “F., A. L.”, al explicar las razones por las cuales esa regla constitucional carece de cualquier tipo de relevancia para la interpretación de las normas penales que criminalizan el aborto. Así, en el voto que encabezó el fallo, se sostuvo de manera enfática lo siguiente: “[e]n primer lugar... es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados... como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos”; razón por la cual, inmediatamente después, se concluyó que: “en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar **un marco normativo**

específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, **de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos** no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular” (voto conjunto de la señora juez Highton de Nolasco y los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, considerando 9°. El destacado se agrega).

Sobre ese marco, es fácil advertir el salto lógico en el que incurren aquellas posiciones que, con base en la atribución legislativa consistente en dictar un “régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño”, y de la circunstancia de que éste debe regir “desde el embarazo”, pretenden derivar la obligación estatal de acuñar una disposición sustancialmente distinta, orientada a la criminalización de un determinado tipo de comportamiento.

Por esa razón, es dable afirmar que las conclusiones alcanzadas en el considerando VII del presente no suponen inconsistencia alguna con lo estipulado en la citada norma constitucional.

d. En segundo término, cabe analizar si el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como también lo sostienen algunas de las opiniones reseñadas más arriba, impone algún deber estatal de criminalización, bajo la figura de aborto, de supuestos como el aquí sometido a juzgamiento.

En este sentido, las normas de ese tratado, vinculadas con la cuestión en estudio, disponen: “[e]l derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 6, inciso 1°), “[t]odo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado” (artículo 24, inciso 1°), y “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 26).

La consistencia entre esas reglas fundamentales y las conclusiones a las que se arribó en el considerando VII de este voto, puede apreciarse a través del análisis desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el citado caso “Artavia Murillo”.

En efecto, en esa oportunidad, el tribunal interamericano rechazó un argumento basado en que el pacto “reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”, y afirmó, por el contrario, que ese instrumento internacional no asigna al embrión el estatus de “persona”.

Para ello, la Corte acudió a una interpretación fundada en los trabajos preparatorios que precedieron a la sanción del tratado, y lo explicó en los siguientes términos: “durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Ante la resistencia contra la formulación ‘desde el momento de la concepción’ a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación ‘en cualquier fase del desarrollo humano’... Esta formulación, aceptada inicialmente, fue borrada posteriormente. Otra propuesta del Reino Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente, pero luego fue también abandonada. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: ‘a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley’. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor, y 17 abstenciones”.

Sobre la base de esa hermenéutica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó: “[p]or tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que **los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas**” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 225. El destacado se agrega).

Es posible observar entonces que, tanto en razón de la letra de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, únicamente referidas a la “persona” como titular de los derechos allí consagrados, así como en virtud de la información destacada extraída de los trabajos preparatorios del aludido tratado internacional, relevada por la Corte Interamericana en el fallo citado, es dable concluir, tal como lo hizo ese tribunal, que no fue intención de los estados incluir al “embrión” dentro del concepto de “persona”, contenido en las disposiciones del instrumento en cuestión.

e. En tercer lugar, corresponde detenerse en la consideración de aquellas posiciones que suelen fundar su argumentación mediante la invocación de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este tratado, en lo que aquí importa, establece que: “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (artículo 1), “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2, inciso 1º), “[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3), “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 6) y “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (artículo 7).

Al respecto, el estudio llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “F., A. L.” resulta particularmente



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

esclarecedor para advertir el desacierto interpretativo en el que incurren aquellos criterios sustentados en las normas fundamentales citadas, a través de las cuales se pretende sostener que este tratado impone la obligación de considerar a un embrión como “persona”.

En este sentido, la Corte Suprema, de manera contundente, señaló que: “a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones... deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º (“Todos los seres humanos **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”), lo cual llevó a afirmar, según se sostuvo en el voto que encabezó el fallo, que **“atento los claros términos en que está formulado este enunciado”** resultaba **“imposible”** concluir que esas normas eran aplicables para sustentar la pretensión del recurrente en relación con la citada regla contenida en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (cfr. voto conjunto de la señora juez Highton de Nolasco y los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, considerando 11º. El destacado se agrega).

Las razones por las cuales la conclusión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese precedente es acertada, puede apreciarse, a su vez, en las consideraciones formuladas por la Corte Interamericana en el citado caso “Artavia Murillo”, al explicar por qué debía rechazarse un argumento apoyado en que la declaración “protege al ser humano desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”. En efecto, luego de acudir a los trabajos preparatorios que precedieron a la sanción del tratado, el tribunal interamericano destacó que: **“el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración.** Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son ‘inherentes desde el momento de nacer’. Por tanto, **la expresión ‘ser humano’, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no**

nacido” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 224. El destacado se agrega).

En función de lo expuesto se observa que, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no define qué debe entenderse por “ser humano”, una interpretación sistemática de sus disposiciones, así como también un análisis realizado desde una perspectiva histórica, permiten, en efecto, despejar cualquier margen de duda acerca de su campo de operatividad y, en definitiva, concluir que sus reglas son exclusivamente aplicables a las personas nacidas.

Por ello, las conclusiones desarrolladas en este voto no conducen a ninguna clase de inconsecuencia con lo establecido en ese instrumento internacional.

f. En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en tanto establece que “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo I), al igual que lo señalado en los dos apartados previos al presente, se observa que, si bien la letra de la Declaración Americana no especifica si un embrión debe ser considerado, a los fines de ese tratado, como un “ser humano” titular de los derechos fundamentales allí consagrados, la interpretación que se ha realizado de ese instrumento en el ámbito internacional deriva en una conclusión opuesta a esa comprensión.

Al respecto, en el ya tantas veces citado fallo “Artavia Murillo”, para arribar a esa conclusión, la Corte Interamericana acudió a la interpretación que del mencionado tratado realizó la Comisión Interamericana, ya en el año 1981, en el caso “Baby Boy v. Estados Unidos de América” (caso n° 2.141, res. n° 23/81), en el cual “se rechazó la solicitud de los peticionarios de declarar dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos [una de ellas, la dictada en el citado precedente “Roe v. Wade”], que legalizaron el aborto sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal, como violatorias de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

Así, la Corte Interamericana tuvo en particular consideración que, en su informe, la Comisión “**desestimó el argumento de los peticionarios según el cual ‘el artículo I de la Declaración ha**



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción, considerando que la Novena Conferencia Internacional Americana, al aprobar la Declaración Americana, ‘enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio’” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 220, con cita del punto 19 del informe de la Comisión. El destacado se agrega).

Por consiguiente, tampoco aquí se advierte inconsistencia alguna entre la resolución que en este voto se propone adoptar acerca de la cuestión a decidir y ese instrumento internacional.

g. En lo atinente a la Convención sobre los Derechos del Niño, sus normas fundamentales, en lo que resulta aquí de interés, expresan lo siguiente: “...*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*” (preámbulo), “[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1), “[l]os Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (artículo 2, inciso 1º), y “[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6).

Pues bien, una vez más, en el caso “Artavia Murillo”, luego de destacar que los artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño “no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido”, la Corte Interamericana tuvo en cuenta que, si bien el preámbulo de ese tratado “hace referencia a la necesidad de brindar ‘protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento’”, ello no implica concluir que un embrión es una persona titular de los derechos consagrados en las normas fundamentales citadas.

Para alcanzar ese resultado, el tribunal advirtió que los trabajos preparatorios previos a la sanción del tratado “indican que esta frase [esto es, la contenida en el preámbulo] **no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida**”, y que ello es así pues, en efecto, allí se indica que “dicha frase no tenía ‘la intención de vulnerar la interpretación del artículo 1 o de ninguna otra disposición de la Convención’... Mientras que el borrador revisado para una Convención sobre los Derechos del Niño, presentado por Polonia, no hacía alusión a la vida prenatal en el Preámbulo, el Vaticano pidió la ampliación del Preámbulo por la expresión ‘antes y después del nacimiento’, lo cual causó opiniones encontradas entre los Estados. Como compromiso las delegaciones acordaron una expresión tomada de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 231).

Por esa razón, a continuación la Corte Interamericana agregó que “ante la dificultad de encontrar una definición de ‘niño’ en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión ‘tanto antes como después del nacimiento’ en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que **los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención**” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 232).

Estas conclusiones, a su vez, se corresponden con las afirmadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “F., A. L.”, pues allí, al analizar las disposiciones de la convención y sus trabajos preparatorios, se señaló también que: “de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, **al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones**” (voto de la señora juez Highton de Nolasco y los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, considerando 13°).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Lo anterior, en suma, demuestra que ni la letra de las normas fundamentales contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, ni su preámbulo, imponen una interpretación contraria a las consecuencias que se desprenden de la hermenéutica desarrollada, en especial, en el considerando VII de este voto.

Establecido ello, corresponde ahora examinar aquellos criterios doctrinarios que, con base en la ley mediante la cual se incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho federal argentino (ley n° 23.849, promulgada el 16 de octubre de 1990), sostienen que, en función de lo allí establecido, el tratado debe ser interpretado en el sentido de que obliga a concluir que un embrión, a partir del momento de la concepción, debe ser caracterizado como una “persona”, conceptualmente diferenciable de la mujer gestante.

Concretamente, según se expresa, esa obligación surgiría del artículo 2, párrafo tercero de la ley citada, pues allí se prescribe que: “[a]l ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: [...] Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’.

De ese modo, por ejemplo, se afirma que: “la declaración interpretativa realizada por nuestro país... y a la que el Constituyente de 1994 le otorgó jerarquía constitucional, señala que niño ‘es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad’... Nuestro sistema constitucional y legal reconoce la existencia de la persona humana, su dignidad y su derecho intrínseco a la vida desde el momento mismo de la concepción. Esta clara e imperativa definición constitucional no puede ser desconocida, soslayada ni violada por ninguna ley o norma emanada de los poderes constituidos” (Santiago, Alfonso, “Las graves objeciones constitucionales que se pueden formular al proyecto de ley sobre legalización del aborto”, en *DFyP* 2018 (julio), *La Ley*, p. 2).

En idéntica dirección, se agrega que, precisamente en función de lo establecido en la ley n° 23.849, “no cabe duda alguna que, para la

República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño, norma en cualquier caso de jerarquía suprallegal, obliga a nuestro país a respetar la vida desde la concepción... El reconocimiento de nuestro país al obligarse internacionalmente de que la vida comienza en la concepción determina... que a partir de la incorporación de estas normas al ordenamiento jurídico, ya la ley (y los códigos dentro de tal categoría), no podrían contradecir esta definición” (Vítolo, Alfredo, “El ‘derecho al aborto’”, en *DFyP* 2018 (julio), pp. 3-4).

No obstante el carácter tajante de esas afirmaciones, parece difícil entender que lo prescripto en el artículo 2, párrafo tercero de la citada ley n° 23.849 significó una modificación de los alcances de las obligaciones que la Convención sobre los Derechos del Niño impone al Estado argentino, pues, tal como también una opinión doctrinaria lo advirtió, lo allí establecido no constituye una “reserva” en los términos del derecho internacional, sino, en cambio, “una declaración interpretativa que no modifica el alcance que el derecho internacional tiene respecto de Argentina” (Filippini, Leonardo, “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994” en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 412). Y, precisamente, en esa misma línea, acerca del valor normativo de lo establecido en el artículo 2, tercer párrafo de la ley n° 23.849, se encuentran las consideraciones que, en el precedente “F., A. L.”, realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto.

En efecto, allí se concluyó que lo estipulado en esa norma “no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, pues “como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, **respecto del artículo 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa**” (voto de la señora juez Highton de Nolasco y los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, considerando 13°. El destacado se agrega).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

En términos más explicativos, sobre la base de lo ya expuesto en este apartado acerca de los alcances que cabe asignar a las normas fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con referencia a lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “F., A. L.”, se señala que: “la Convención de los Derechos del Niño habla del ‘derecho intrínseco a la vida’... pero nada dice en cambio, acerca del momento en que ese derecho está protegido, ni mucho menos acerca de su protección desde la concepción (algo que, explícita y conscientemente, la Convención no dijo). Oportunamente, la Argentina buscó hacerle decir a la Convención lo que ella no decía, y al tiempo de incorporar el tratado escribió una cláusula interpretativa del mismo, para decir que la Convención debía ser interpretada como afirmando que la vida era protegida desde la concepción. Sin embargo, la Corte Suprema argentina, en ‘F. A. L.’, estableció que no se trataba de una reserva formal, y que por tanto no formaba parte del grupo de normas a las que el país se encontraba internacionalmente comprometido” (Gargarella, Roberto, “Derecho, moral y política en materia de aborto”, en *DFyP* 2018 (julio), *La Ley*, pp. 4-5).

Ahora bien, sería posible todavía considerar que, pese a carecer de aptitud para modificar el contenido de las normas fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño poseen respecto de nuestro país, la “declaración interpretativa” contenida en la ley n° 23.849, de todos modos, establece un mandato legal dirigido a imponer una hermenéutica determinada, aplicable al contenido del artículo 1 de la convención, conforme con la cual, debería entenderse que a partir del momento de la concepción, existe “una niña o niño” titular de los derechos allí consagrados.

Sin embargo, es preciso advertir que esa “declaración interpretativa”, carece hoy de virtualidad normativa y, por ese motivo, no permite considerar vigente aún la imposición de una determinada interpretación asignable al contenido y los alcances de las reglas que integran el citado pacto internacional, pues, en el año 1994, los constituyentes, al incorporarlo al texto constitucional y otorgarle su misma jerarquía, decidieron expresamente hacerlo “en las condiciones de

su vigencia” (cfr. artículo 75, inciso 22° de la Constitución Nacional), lo cual obliga a interpretar a ese instrumento “tal como... rige[n] en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (Fallos: 318:514, considerando 11°).

En otros términos, la interpretación de los alcances de toda disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño –en tanto tratado de jerarquía constitucional– debe llevarse a cabo de conformidad con la regla contenida en el artículo 75, inciso 22° de la Constitución Nacional, y, a su vez, de lo establecido sobre el punto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente “Girolodi”, por lo tanto, ya no en función de aquella declaración hermenéutica contenida en una ley anterior (n° 23.849) a la reforma constitucional del año 1994.

A partir de lo expuesto, se observa que la Convención sobre los Derechos del Niño, analizada a la luz de las “condiciones de su vigencia”, esto es, “tal como rige en el ámbito internacional”, no incluye dentro de su marco de protección al no nacido como “persona”, y el Estado argentino no formuló una “reserva” sobre el punto que determine modificar esa comprensión.

Por lo demás, es oportuno señalar que el órgano encargado de interpretar ese instrumento a nivel internacional –esto es, el Comité para los Derechos del Niño–, tal como lo destacó la Corte Interamericana también en el caso “Artavia Murillo”, no ha emitido “observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 233), lo cual se ve reforzado si se advierte que ese mismo órgano, entre otras consideraciones, luego de enfatizar que “los niños pequeños son portadores de derechos”, sólo ha definido al concepto de “primera infancia” como “el período comprendido *desde el nacimiento* hasta los 8 años de edad” (Observación General n° 7, 2005, puntos 3 y 4. El destacado se agrega).

A su vez, también resulta relevante reparar en que, al analizar el cumplimiento por parte del Estado argentino de las obligaciones contenidas en la convención, el Comité ha recomendado que se adopten



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

“medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” (Observaciones finales sobre Argentina, 2010, punto 59, inciso “d”) y, en tiempo más reciente, recomendó que se garantice: “el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y tomada debidamente en cuenta en el proceso de decisión” (Observaciones Finales sobre Argentina, 2018, punto 32, inciso “b”), todo lo cual conduce a reafirmar la conclusión relativa a que la Convención sobre los Derechos del Niño no ha sido interpretada, en el ámbito internacional, del modo en el que aquellas opiniones doctrinarias citadas más arriba lo pretenden.

h. Finalmente, corresponde analizar si la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye un soporte normativo válido para sostener, tal como lo hacen las opiniones reseñadas en el apartado a) de este considerando, que ese pacto internacional consagra una obligación de asignar el estatus de “persona” a un embrión a partir del momento de la “concepción”.

Por su singularidad, la norma fundamental contenida en el artículo 4, inciso 1° de la convención reviste una especial relevancia para el examen del asunto, pues, a diferencia de las demás reglas analizadas en los apartados anteriores, se trata de una disposición que establece, en su propia letra, el momento específico a partir del cual comienza la obligación de proteger el derecho al respeto de la vida, esto es: “*en general, a partir del momento de la concepción*”. En otros términos, tal como explica Mónica Pinto, “de toda la normativa internacional en materia de derechos humanos, universal y regional, sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea la obligación de protección, en general, desde la concepción... Las normas de alcance universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las regionales como la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades

Fundamentales y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos no incorporan una disposición análoga” (“El fallo de la Corte Suprema Argentina sobre el aborto” en *DPyC* 2012 (mayo), La Ley, p. 3).

Ahora bien, según aquellas opiniones, la Convención Americana impone al Estado argentino garantizar los derechos fundamentales consagrados en ese tratado –en particular, el derecho a la vida– de la siguiente manera: “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (artículo 1, inciso 2º); “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 4, inciso 1º); y de allí se extrae la conclusión de la existencia de aquel imperativo, dirigido a los destinatarios de la norma (los estados), de proteger, a través de la figura penal del aborto, a un embrión desde el momento de la concepción, pues se interpreta que, a partir de allí, esa norma fundamental declara la existencia de una persona como titular del derecho a la vida.

Sin embargo, conforme se explicará a continuación, el razonamiento en el cual se fundan esas opiniones doctrinarias no es acertado y, por esa razón, la conclusión a la cual arriban no es correcta.

En este sentido, el desacierto de esas concepciones, es observable, en primer lugar, al contraponer esa pretendida obligación derivada del artículo 4, inciso 1º de la Convención Americana, con lo expresado por la propia letra de la norma fundamental.

Así, una lectura estricta de lo expresado a través de la letra de esa regla determina (en lo que aquí interesa): 1) en primer lugar, que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida*”, 2) en su segunda parte, que “*este derecho [al respeto de la vida] estará protegido por la ley*”; y se agrega, inmediatamente después, mediante el uso de una conjunción, a través del empleo de la letra “y” (a fin de vincular, lo que a continuación prescribe la regla, con el derecho al respeto de la vida protegida por la ley, previamente consagrado), que “*, en general,*” tal protección (esto es, la referida al derecho al respeto de la vida, protegido por la ley) debe operar “*a partir del momento de la concepción*”.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Por consiguiente, una lectura ajustada a la expresión gramatical del mandato fundamental bajo análisis no permite extraer de su texto, la consagración normativa de *la existencia de la persona a partir del momento de la concepción*. Por el contrario, una correcta hermenéutica de esa norma conduce solo a concluir que lo establecido en su segunda parte es la obligación de los estados de proteger, a través de la ley, *el derecho al respeto de la vida, en general, desde el momento de la concepción*.

En esa línea, cabe destacar que, al interpretar los alcances del artículo 4, inciso 1º de la Convención Americana, la Corte Interamericana, al resolver el caso “Artavia Murillo”, inclusive luego de un examen desarrollado a través de la aplicación de los distintos métodos destinados a la hermenéutica normativa, concluyó, en términos contundentes, que: **“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”** (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 264. El destacado se agrega).

De ese modo, si bien ese tribunal, en un primer momento, se concentró en los alcances de la expresión “en general” contenida en la regla, y señaló, luego de someterla a un análisis gramatical e histórico, que esas palabras permiten concluir que **“la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo**, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 264. El destacado se agrega), realizó posteriormente una serie de consideraciones vinculadas a los alcances que corresponde otorgar al concepto de “persona” en el marco de la convención, y concluyó, conforme se expuso, que “un embrión” no es subsumible en tal concepto.

En efecto, luego de interrelacionar esa disposición del pacto con las consagradas por los demás instrumentos del sistema interamericano, la Corte se ocupó de aclarar, por ejemplo, que “la expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana”, los cuales, sometidos a una

observación sistemática, conducen a la conclusión de que, **“no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos”** (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 222. El destacado se agrega).

En el mismo sentido, el tribunal interamericano agregó inmediatamente después que: “teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer... **se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer,** como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a ‘conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto’, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 222. El destacado se agrega).

A su vez, luego de realizar también un análisis sistemático de la convención en comparación con los instrumentos del sistema universal, la Corte Interamericana sostuvo que el resultado al cual se llega es el mismo, pues, tal como se señaló en los apartados anteriores de este considerando, al analizar las normas fundamentales de esos pactos, **“de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención”** (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 244. El destacado se agrega).

Por último, el tribunal interamericano acudió a lo que se denominó en el fallo una interpretación “evolutiva” de la convención, y agregó al respecto que “en el caso *Vo. vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una ‘persona’ con ‘derecho a la vida’”, y, del mismo modo, que “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafos 247 y 253).

Todo ello, en definitiva, permite concluir que la pretensión de asignar a un embrión el carácter de “persona” desde el momento de la concepción, en función del artículo 4, inciso 1° de la Convención Americana, no posee una fundamentación sustentable en un análisis gramatical de la regla, ni en la guía hermenéutica proporcionada por la decisión del tribunal encargado de interpretar y aplicar esa norma en el ámbito internacional.

Por último, corresponde considerar aquí un posible argumento adicional consistente en que, pese a no poder ser caracterizada como “otra persona”, “la vida”, inclusive aquella todavía carente de toda posibilidad de viabilidad extrauterina en función de transitar la etapa inicial de desarrollo de un embarazo, debe encontrarse, por parte del estado, como imperativo estipulado por el artículo 4, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “*protegida por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”; con lo cual, podría pretenderse todavía que, al no hallarse la interrupción de un embarazo practicada en esa instancia comprendida por la prohibición del tipo penal de aborto, el estado estaría, de ese modo, incumpliendo con su obligación de protección respecto de “la vida”.

Empero, este argumento no parece plausible.

Ello es así pues, por un lado, de considerarse correcto, ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, debería conducir a la paradójica conclusión de que el estado se encuentra obligado, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a prohibir penalmente y de modo absoluto, toda clase de afectación a “la vida”, incluida aquella derivada de un comportamiento de carácter estrictamente autolesivo dirigido a cercenarla, como sin duda lo es, por ejemplo, cualquier tentativa de suicidio.

Además, esa comprensión de la obligación impuesta por el tratado sobre el punto, lleva a entender que, al referirse a “la ley” como

instrumento de protección, únicamente se alude, a tal fin, al derecho penal.

Ello no solo se presenta como infundado ya desde la lectura de la regla convencional, también así lo es, a través de un elemental conocimiento de la estructura de todo orden jurídico propio de un estado de derecho; en tanto es un presupuesto básico de ese modelo de estado, la vigencia de sistemas normativos ajenos al derecho penal, de operatividad más amplia y previa a la de esa rama del derecho, que, de ese modo, permite caracterizarla como un “orden discontinuo de ilicitudes” (cfr. Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, EUDEBA, Buenos Aires, 1966, p. 32) y, además, como “última herramienta” de selección y sanción de conductas (cfr. Prittwitz, Cornelius, “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 432).

Por lo demás, el mayor grado de eficiencia en la protección de bienes que permiten alcanzar los sistemas normativos –formales y no formales– de control social, diferentes al sistema penal, es un parámetro establecido y aceptado, inclusive por parte de aquellos sectores, académicos y jurisprudenciales, que le asignan esa finalidad y función primordial (de tutela de bienes jurídicos) a las prohibiciones penales y a la pena como sanción. Pues, como enseña Francisco Muñoz Conde: “[d]entro del control social la norma penal, el sistema jurídicopenal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces... se puede decir que el Derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y la más terrible quizás, del ‘iceberg’ que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único, ni el más importante” (*Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 37).

Por consiguiente, el carácter penalmente atípico de una autolesión producida por la mujer gestante –a través de su propia mano, o bien, bajo su exclusiva competencia normativa, pero mediante la intervención material de un tercero–, ocasionada a una parte de su



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

propio cuerpo, inescindiblemente unida al interior del útero, en virtud del período de desarrollo del embarazo en el cual un embrión carece de toda posibilidad científica de viabilidad extrauterina, no implica afirmar, desde la lógica-jurídica, la inobservancia, por parte de los estados, de la obligación de proteger el derecho al respeto de la vida, en general, a partir del momento de la concepción, de acuerdo con lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lejos de ello, la regulación legal y la efectiva puesta en práctica de sistemas institucionales de orden estatal, destinados a la contención, el asesoramiento, la orientación, la asistencia, los cuidados especiales, etc., de la mujer gestante que, en ese período de su embarazo, considera la decisión de practicar su interrupción, con la finalidad de proporcionar una tutela eficaz en pos del derecho al respeto de la vida, en general, desde la concepción (sobre modelos de protección, de índole no penal, puede verse, entre otros, Bacigalupo, Silvina y Gropengiesser, Helmut, “La reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2, n° 3, 1996, pp. 128-131), poseen sin duda plena capacidad de asegurar un cumplimiento cabal del imperativo consagrado en el pacto, sin la necesidad de acudir a una hermenéutica que lleve a entender a sus disposiciones en el sentido de exigir una criminalización que, de ese modo, las colocaría en franca contradicción con la exigencia establecida en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Precisamente en este orden de ideas, el profesor Carlos Santiago Nino, al analizar la cuestión, destacaba que: “es conveniente advertir que el hecho de que la vida esté protegida desde la concepción no quiere necesariamente decir que deba ser punible el aborto en todos los casos: la protección jurídica puede consistir en el reconocimiento, por ejemplo, de una serie de derechos civiles” (*Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 248).

En esa misma línea, se ha expresado que, la creación, para el estado, de la obligación de protección, “no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales”

(Gullco, Hernán, “¿Es inconstitucional el art. 86, inc. 2, del Código Penal?” en *Doctrina Penal*, De Palma, Buenos Aires, año 11, 1988, p. 499).

En definitiva, el examen realizado en cada uno de los apartados anteriores demuestra que no existe ningún tipo de contradicción o inconsistencia entre los resultados hermenéuticos obtenidos aquí y las normas fundamentales de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella con igual jerarquía.

Así pues, respecto de aquellas opiniones doctrinarias que postulan la derivación, del plexo normativo convencional, de la imposición de un mandato de criminalización que obligue a entender incluido, dentro de los alcances de la figura del aborto, a supuestos como el sometido aquí a juzgamiento, es dable afirmar que tal criterio, como se ha señalado con acierto, no solo refleja “una descripción inexacta de la normativa vigente”, sino, además, una hermenéutica que “contradice claramente la comprensión correcta de la protección de la vida en nuestra Constitución y en nuestro sistema jurídico en general” (Bergallo, Paola, “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate” en *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 39).

i. Para finalizar, en la determinación de consistencia y coherencia normativa, que, a su vez, en la búsqueda de lograr una interpretación conducente a establecer un significado y alcance legítimos de la figura de aborto contenida en el Código Penal argentino, viene llevándose a cabo en esta decisión, a fin de dar cumplimiento a la función primordial de un tribunal de casación, consistente en establecer la correcta hermenéutica de las normas aplicables a la resolución de todo caso sometido a su jurisdicción, corresponde prestar atención ahora a un criterio doctrinario estructurado sobre la base de lo establecido en el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto esa regla establece: “[l]a existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Se afirma, por ejemplo, que “la legislación civil reconoce la personalidad del niño por nacer”, razón por la cual “dado que el principio de coherencia refiere a la unidad de sentido o armonía entre los



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

diversos preceptos normativos, surge, precisamente... que la consagración del ‘derecho a abortar’... generaría una inconsistencia absoluta con todo el ordenamiento jurídico” (Pastore, Analía, “La propuesta de legitimación del aborto...”, cit., pp. 7-8).

Sin embargo, únicamente una lectura aislada de esa regla, no ya sólo con respecto a la totalidad del orden jurídico, sino en relación con otra disposición incorporada al mismo cuerpo legal, esto es, al artículo 21, permite advertir, precisamente, la inconsistencia de aseverar que en el ordenamiento civil *se reconoce la personalidad del niño por nacer a partir del momento de la concepción*.

Ello es así pues, en la última parte de esta norma se establece, a su vez, “...*Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió*”.

Por lo tanto, en una explicación orientada a la conciliación entre esas dos disposiciones (vinculadas, cabe aclarar, a la determinación del momento a partir del cual “nacen” o se adquieren derechos y obligaciones con las consecuencias que de allí derivan, por ejemplo, en materia de derechos sucesorios), no parece razonable afirmar que, a través de ellas, el legislador formule el reconocimiento de la existencia de una persona a partir del momento de la concepción, para inmediatamente negar, de modo paralelo, su existencia desde aquel momento, si no nace con vida.

En verdad, aquello que una estricta lectura armónica de esas reglas permite deducir es, a lo sumo, que “[s]u **personalidad es condicional porque su existencia está subordinada a un hecho futuro e incierto, cual es que nazca con vida**” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, y Boretto, Mauricio, *Manual de Derecho Privado*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 98. Bastardillas en el original, la negrita se agrega).

De ese modo, no es aceptable fundamentar conceptualmente que, con base en esas disposiciones legales de derecho privado, corresponda dar a la norma penal que prohíbe el aborto un alcance tal que conduzca a subsumir en ella la interrupción de un embarazo producida en un periodo de su evolución en el cual el embrión es científicamente inescindible y consustancial, para mantener viabilidad,

con el interior del útero, esto es, con el cuerpo de la única persona existente en ese momento: la mujer gestante.

-IX-

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí derivan en la conclusión del carácter atípico que, respecto de la prohibición penal del aborto, posee la interrupción de un embarazo ocasionada durante el periodo en el cual un embrión, por la sola circunstancia de hallarse aún en esa etapa inicial del desarrollo de la gestación, carece de toda posibilidad de mantener viabilidad extrauterina.

Por consiguiente, en tanto no se trate de un supuesto caracterizable normativamente como autolesivo, por definición constitucional, irrelevante para el ordenamiento penal positivo vigente en nuestro país, las consecuencias dañosas que esa clase de hechos produzcan en el cuerpo de la mujer gestante, podrán resultar subsumibles en alguna de las figuras contenidas en el capítulo II, título I, del Libro Segundo del Código Penal, es decir, en el correspondiente al delito de “lesiones” (sin perjuicio, claro está, de que, según cuál sea la estructura del suceso del cual se trate en cada caso, puedan resultar aplicables otras normas penales).

Ello, a su vez, presenta la necesidad de establecer, entonces, cuál es el ámbito legítimo de la prohibición que subyace a los tipos penales de aborto contemplados en la ley de fondo (artículos 85 a 88 del capítulo I, título I, Libro Segundo), esto es, de conformidad con una interpretación que permita compatibilizarla con la ubicación sistemática de ese delito en la ley penal y, en especial, con las garantías y principios constitucionales, primordialmente, con la exigencia del carácter público de los actos, consagrada en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Se trata del cumplimiento de la tarea que permite “trasladar la decisión abstracta contenida en la ley a la decisión particular del caso concreto” (Bacigalupo, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, cit., p. 47); ello debe ser así, en particular, en el ámbito del derecho penal, donde la vigencia del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) impone una estricta observación de la ley escrita.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

De esta manera, toda resolución de un caso debe encontrar una explicación última en la ley y, por consiguiente, la solución será correcta si es la indicada en la ley. Ahora bien, al no tratarse de una ciencia exacta, el grado de acierto de toda resolución judicial sobre un caso penal, dependerá de la legitimidad que posea, como consecuencia del nivel de razonabilidad de los fundamentos, de la explicación en la cual encuentre sustento, de la interpretación con base en la cual se decida el caso.

En síntesis, “la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo”, constituye “una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así, en conquista irreversible del pensamiento democrático” (Fallos: 309:5, disidencia de los jueces Bacqué y Petracchi, considerando 13°).

Para el desarrollo de esa tarea, es oportuno recordar que en la interpretación de las leyes “debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 200:180), “computando la totalidad de sus preceptos y de la manera que mejor armonice la solución de la causa con los principios y garantías constitucionales” (Fallos: 251:158, reiterado en 252:120, 253:204, 255:360, entre muchos otros).

Pautas éstas de interpretación legal ratificadas en tiempos más recientes, pues “es un principio hermenéutico utilizado por este Tribunal desde sus primeros precedentes que de ese modo deben entenderse todos los preceptos del ordenamiento jurídico... desde el momento en que esa integración debe respetar los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo... [d]e prescindirse de esa regla cardinal se incurriría... en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Nacional” (Fallos: 329:5266, considerando 13°).

Asimismo, la tarea de la cual se trata deberá desarrollarse, “evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje todas con valor y efecto” (Fallos: 338:962, considerando 8º, con cita de Fallos: 310:195, 312:1614 y 323:2117), tal como se reiteró, precisamente, en el ya tantas veces citado precedente “F., A. L.”, al resaltar que corresponde asignar a las leyes una interpretación que “conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 335:197, considerando 18º).

En función de esas pautas interpretativas, y de conformidad con la totalidad del análisis llevado a cabo, así como de las conclusiones a las cuales se arribó en los considerandos precedentes, es dable afirmar que la materia de prohibición en el delito de aborto se encuentra constituida legítimamente por aquellos supuestos en los cuales la interrupción de un embarazo se ocasione a partir del momento en el cual, debido al desarrollo gestacional, el embrión o feto, haya alcanzado un estadio que, en virtud de los parámetros vigentes en la ciencia biológica y médica prenatal, posibilite concretamente su viabilidad extrauterina.

Allí, precisamente, es razonable ubicar el fundamento por el cual en el citado precedente “Roe v. Wade”, se sostuvo que “con respecto al importante y legítimo interés del estado en la vida potencial, el punto determinante es la viabilidad”, pues “a partir de ese momento el feto presumiblemente cuenta con la capacidad significativa de vivir fuera del vientre de la madre”, motivo por el cual “la regulación estatal destinada a proteger la vida del feto luego de la viabilidad tiene justificación biológica y lógica” (cfr. el voto del juez Blackmun en la decisión mayoritaria del precedente citado, apartado X).

Expresado en otros términos, la norma penal del aborto se dirige a asegurar la expectativa legítima de *la posibilidad cierta de viabilidad extrauterina* del embrión o feto, es decir, *de la consecuente existencia de una persona independiente de la mujer gestante*.

Es que, la actividad interruptiva de un embarazo, una vez alcanzada esa instancia biológica, no solo importa quebrantar la expectativa normativa que garantiza la integridad física del cuerpo de la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

persona gestante, sino que, además, posee un significado opuesto al valor asegurado por otra norma, aquella que sanciona el delito de aborto, orientada a la protección de una *potencialidad actual* –al momento del hecho– *clara y cierta*, conforme parámetros científicos –no jurídicos–, *de obtener viabilidad extrauterina* y, en consecuencia, *de la existencia de otra persona*, en tanto en esa etapa, la viabilidad deja de depender exclusivamente de la permanencia del embrión dentro del útero, es decir, de configurarse como una parte inescindible del cuerpo de la persona gestante, al adquirir esa posibilidad efectiva de vida independiente.

En la finalidad de estabilizar el valor de la posibilidad, científicamente cierta de viabilidad extrauterina, de una potencial, pero efectiva y actual (al tiempo del hecho) existencia de una persona independiente de la mujer gestante, es plausible encontrar, además, la razón legislativa de prever una escala punitiva inferior para el delito de aborto, en relación con aquella establecida respecto de la figura básica que busca garantizar el valor del respeto de la vida de otra persona (artículo 79 del Código Penal).

Es adecuado, asimismo, aclarar que, ante un supuesto de interrupción de un embarazo producido durante la etapa a partir de la cual exista viabilidad extrauterina y, por lo tanto, se verifique la concurrencia de ese requisito para afirmar la configuración del tipo (objetivo) de aborto, en relación con alguna de las distintas figuras que lo contemplan como comportamiento prohibido en el Código Penal, la operatividad de lo previsto en el artículo 86 de ese cuerpo legal no se encontrará necesariamente excluida; en cuanto al alcance y aplicación de esa regla, se ha pronunciado tanto un sector de la doctrina (cfr., por todos, Ferrante, Marcelo, “Sobre la permisividad del derecho penal...”, cit., pp. 363-375), así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “F., A. L.”, motivo por el cual, sobre el tratamiento de esa cuestión, es suficiente formular aquí una remisión a esos estudios doctrinarios y a esa decisión jurisdiccional.

Finalmente, no es posible dejar de resaltar que la interpretación declarada en este voto, acerca de cuál es la materia de prohibición seleccionada por el legislador y, en consecuencia, tipificada en el delito

de aborto contemplado en el Código Penal argentino, encuentra fundamento y guía en la vigencia de aquel principio constitucional que es la base política, lógica y jurídica de todo el sistema de garantías y derechos fundamentales consagrado en la Constitución Nacional.

Es decir, en aquella regla que asegura a todo habitante de la nación argentina, sólo la prohibición legal de decisiones de voluntad *exteriores y públicas* y, con ello, la preservación del ámbito de libertad indispensable para la realización de todo acto carente de significado de daño social o perjuicio a terceros, incluidos aquellos comportamientos que, en diferentes sectores de interrelación privada, puedan no ser caracterizados como virtuosos o altruistas, a pesar de hallarse, en la mayor cantidad de oportunidades, tal como en general sucede frente a la cuestión en examen, precedidos de un trágico contexto y de decisiones individuales difíciles y extremadamente angustiantes, aun cuando puedan resultar descalificables e inclusive, desde una perspectiva religiosa, de carácter pecaminosos a juicio de dios.

En el último sentido de lo arriba señalado, para expresarlo una vez más con las palabras del juez Petracchi, “no parece razonable que los argentinos se vean compelidos a debatir sus instituciones jurídicas, en el marco de sus libertades individuales, con ocultamiento de los problemas profundos plegados detrás de ese debate que aparece como una discusión de neto perfil religioso y que, por lo mismo, podría llevar a razonamientos que en el fondo pongan de manifiesto antes que los argumentos para buscar las formas más adecuadas de convivencia, las intolerancias que muchas veces nos han desagarrado” (cfr. voto concurrente pronunciado en el precedente “Sejean”, Fallos: 308:2268, considerando 13°).

Se trata, en síntesis, de una hermenéutica orientada desde la vigencia imprescindible, para toda sociedad “abierta y pluralista”, del que ha sido caracterizado como el más revolucionario de los principios derivados del pensamiento liberal, aquel que garantiza a cada persona “elegir ser uno mismo y continuar siéndolo” (cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 484).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

-X-

De acuerdo con las circunstancias fácticas fijadas en la sentencia dictada por el tribunal de juicio, tal como fue advertido ya tantas veces más arriba en este voto, la interrupción del embarazo que cursaba la joven C. P., fue practicada en una etapa de su desarrollo –aproximadamente nueve semanas– en virtud de la cual el embrión carecía por completo de la posibilidad de contar –al momento del suceso– con viabilidad extrauterina.

Por lo tanto, la aplicación del artículo 85, inciso 2º del Código Penal, realizada por los jueces del juicio para resolver ese aspecto del caso en revisión, se presenta como una errónea subsunción del hecho en esa norma de carácter sustantivo, razón por la cual corresponde casar la decisión adoptada en este punto, y resolver la cuestión con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación aquí se declaren (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

La atipicidad que, conforme con todo lo asentado, posee el acontecimiento en relación con el mencionado artículo de la ley de fondo, no excluye necesariamente, dadas sus características, la posibilidad de encuadrarlo en otra figura penal, en razón del disvalor que, de todos modos, pudo importar su ejecución y las consecuencias ocasionadas sobre la joven C. P.

Al respecto, es evidente la constatación en la resolución recurrida de: **a)** las consecuencias lesivas que el procedimiento de interrupción del embarazo provocó tanto sobre la integridad física, como sobre la salud psíquica de la joven.

En efecto, conforme fue relevado en la sentencia, los intensos dolores sufridos por C. P., según su propia descripción, en la zona abdominal de su cuerpo (contracciones) –producidos con posterioridad a la ingesta e introducción por vía vaginal de las cápsulas de “Oxaprost”–, las pérdidas de sangre ocasionadas, la necesidad –luego de su hospitalización– de provocar la expulsión del interior del útero del embrión sin vida, la permanencia posterior en el nosocomio, durante varias horas, a efectos de mantenerla bajo observación médica, así como **b)** los perjuicios a su salud psíquica derivados también del suceso en el

marco del contexto que caracterizó su ejecución (cfr. al respecto lo expresado en la pericia psicológica-forense de fs. 436/447, incorporada por lectura al debate y valorada por el *a quo* en la sentencia, donde se destaca que la damnificada presenta “sentimientos de miedo, culpa, confusión, vergüenza, depresión” y “severas alteraciones cognitivas generadas a raíz de lo denunciado”), poseen un significado de dañosidad padecida por la joven, determinante de la necesaria consideración acerca de la posible aplicación de alguna de las figuras previstas bajo el capítulo de “lesiones” en el Código Penal, en punto, claro está, a la intervención que cupo al condenado en el episodio y en los resultados derivados de él.

En lo referente al sentido jurídico de la conducta llevada a cabo por el acusado en la realización del hecho, esto es, a su carácter típicamente relevante, como comportamiento prohibido, es incontrastable que, de acuerdo a los extremos fácticos ponderados por el *a quo* en el fallo, la competencia jurídica definitoria de la organización del acontecimiento corresponde atribuirle a aquél, quien se arrogó en todo momento el significado heterolesivo de lo sufrido por la víctima, inclusive de aquella porción del procedimiento en la cual la joven actuó de propia mano (al ingerir las cápsulas del medicamento y al prestar su predisposición corporal para la introducción de ellas por vía vaginal).

Ello es así pues, de los aspectos de la interrelación constatados por los sentenciantes, se verificó con claridad: **c)** el carácter de ascendiente del condenado (padre) respecto de C. P., la relación de convivencia existente entre ambos al tiempo del suceso, la marcada edad adulta de él, en relación con la de la joven (15 años), la decisiva indicación acerca del procedimiento a realizar transmitida por aquel, la adquisición y provisión del medicamento, también materializadas por él, así como la preeminencia, destacada por el *a quo*, de la voluntad del acusado por sobre la de C. P., demuestran no sólo que quien actuó, material e históricamente, en último lugar, al llevar a cabo el procedimiento lesivo, fue el condenado, sino, además, que lo hizo arrogándose competencia mediante el logro de instrumentalizar la actuación de la joven, aun en punto al accionar desplegado por ella de propia mano.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Precisamente, ese cuadro fáctico ponderado en la propia sentencia sometida a examen, denota el desacierto de entender, como lo hizo el *a quo*, a la actuación de la joven C. P. como susceptible de ser calificada jurídicamente como expresión de un “consentimiento” válido; pues no solo carecía de los requisitos mínimos exigidos por la ley para caracterizarla bajo ese concepto normativo (conf. artículos 25, 26, párrafo 5º y 55 del Código Civil y Comercial), sino que, el marco global de la interrelación en el cual se inscribió el suceso perjudicial para la integridad física y la salud de la joven, pone en evidencia las cualidades del control que en todo momento el condenado mantuvo, con su accionar, sobre el comportamiento de la víctima.

Cabe recordar al respecto que, “[s]i la competencia de la víctima es la que se fundamenta en último lugar, estamos ante un caso de autolesión. Pero ello sólo es así si la víctima no es utilizada como instrumento de un autor mediato, ya que en el hecho de un autor mediato, el comportamiento concluye cuando éste deja de mantener al instrumento bajo su control, de manera que respecto de *este* hecho es el autor mediato quién necesariamente actúa en último lugar” (Jakobs, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión...”, cit., p. 404. Destacado en el original).

Por lo tanto, de conformidad con aquellas idénticas circunstancias fácticas dadas por acreditadas en la sentencia impugnada – ver puntos a), b) y c) del presente–, corresponde afirmar el significado heterolesivo del comportamiento del condenado.

Asimismo, es incuestionable, de conformidad con la teoría de equivalencia de condiciones según leyes de la naturaleza, el carácter de condición que ese accionar reúne –en tanto suceso previo– respecto de los resultados dañosos provocados sobre el cuerpo de la joven y, también, la explicación normativa que en esa conducta prohibida por la norma, y ejecutada por el acusado, encuentran esas consecuencias perjudiciales verificadas en el caso sobre el cuerpo y la salud de C. P.

En cuanto a las diferentes clases de daños sobre el cuerpo o la salud de una persona, tipificados en los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal, en función de las consecuencias lesivas producidas respecto de la

víctima, con la limitación impuesta por la sentencia recurrida en relación con las constatadas en esa decisión como probadas en el caso, la subsunción del comportamiento del acusado debe circunscribirse al tipo penal contenido en el primero de los artículos citados.

La circunstancia de que la interrupción de un embarazo como la considerada en el presente caso, al no ser el resultado de la autodeterminación de la mujer gestante, sino producto de una heterolesión, sólo susceptible de ser tipificada (en razón de los resultados perjudiciales producidos sobre el cuerpo de la víctima, y comprobados por la sentencia recurrida), bajo la figura de lesiones leves, se presenta sin duda como una consecuencia legal que no parece comprender en su totalidad el nivel de disvalor de un comportamiento determinante, entre los restantes daños provocados, de la pérdida, no voluntaria por parte de la mujer, de la viabilidad intrauterina del embrión.

Sin embargo, una evaluación formulada desde las consecuencias no permite, a quien compete exclusivamente la función de interpretación, reescribir la ley e incurrir de ese modo en un indebido ejercicio de la jurisdicción.

Lo señalado en el último párrafo, conduce a postular, frente a esta clase de sucesos, la ponderación por parte del legislador de la posibilidad de llevar adelante una modificación de las reglas contenidas en el libro segundo, título I, capítulo II, del Código Penal, a fin de incluir específicamente el resultado lesivo arriba aludido, entre los supuestos contemplados en el artículo 91 del citado código.

Sentado lo expuesto, cabe además aplicar en el caso la agravante contenida en el artículo 92 de la ley de fondo, en función de lo previsto en el inciso 1º del artículo 80 del mismo cuerpo legal, en virtud de la calidad de ascendiente que media entre el autor y la damnificada, en tanto, en la decisión del tribunal de juicio, se tuvo correctamente por acreditado que aquél era el padre de C. P., pues, con carácter previo al suceso, ya se encontraba formalizado el reconocimiento legal constitutivo de ese vínculo parental (cfr. copia certificada del certificado del acta de nacimiento de C. P., obrante a fs. 32).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

Se consideró asimismo probado, de modo acertado por parte de los sentenciantes, que: **d)** el autor obró con conocimiento de la acción ejecutada y de sus consecuencias, es decir con dolo, como elemento subjetivo exigido para la aplicación de la figura básica y de la calificante referidas en el último párrafo (artículos 89 y 92 del Código Penal, en función del artículo 80, inciso 1° de ese cuerpo legal).

Establecido cuál es el carácter del ilícito correspondiente al hecho cometido por el condenado, cabe aclarar que el cambio de calificación jurídica que trae aparejado la correcta interpretación de las normas sustantivas sometidas a examen, no importa afectación alguna al principio fundamental de congruencia fáctica, pues, como quedó expuesto, son los mismos extremos que acertadamente tuvo por acreditados la sentencia recurrida –ver puntos a), b), c) y d) del presente– los que dan sustento a su adecuada subsunción típica.

A su vez, al tratarse de un estricto cambio en la significación jurídica de idéntico sustrato fáctico al contenido en la acusación y en la sentencia, lo resuelto tampoco importa una variación sorpresiva de la calificación jurídica del suceso, con aptitud de afectación al ejercicio eficaz del derecho de defensa del recurrente, en razón, en particular, de la relación concursal de carácter aparente que media entre la figura penal incorrectamente impuesta por el *a quo*, y aquella que, conforme una precisa interpretación, corresponde aplicar al caso. Sobre estos últimos aspectos de la cuestión, es suficiente remitirse aquí, en tributo a la brevedad, a las consideraciones formuladas en el citado precedente “Ullua” de este tribunal de casación –registro n° 605/2016– (ver el voto del juez Magariños).

Además, la modificación en la calificación jurídica del comportamiento desplegado por el condenado, al aparejar la determinación legal de una escala punitiva menos gravosa, en relación con la prevista para la figura aplicada por la sentencia impugnada, que ha motivado en este punto el ejercicio de la función casatoria por parte de esta cámara, mantiene una observancia cabal de los límites determinados por la prohibición derivada del principio fundamental de la *reformatio in pejus* (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional).

Por último, dado el monto punitivo máximo establecido en la escala penal prevista para el delito del cual se trata, y el tiempo transcurrido desde el dictado del último acto procesal interruptivo de la acción penal (conf. artículo 67, párrafo sexto, inciso “e” del Código Penal), deberán remitirse las actuaciones al tribunal oral que, previo sorteo, tome intervención, a fin de que practique las certificaciones pertinentes y resuelva según corresponda sobre el punto; así como respecto de la individualización del monto sancionatorio a imponer al señor P. C., en función de los delitos por los cuales es confirmada por la presente, la intervención y responsabilidad del nombrado.

-XI-

En definitiva, corresponde: I) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, casar parcialmente la decisión recurrida, modificar la calificación jurídica asignada al suceso individualizado en la sentencia como “b” –aborto con consentimiento de la mujer–, y establecer que resulta constitutivo del delito de lesiones leves agravadas por la calidad de ascendiente del autor (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación, y artículos 89 y 92, en función del artículo 80, inciso 1º, del Código Penal); II) rechazar los restantes agravios introducidos (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación); III) remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral para que cumpla con lo dispuesto en el último párrafo del considerando X de este voto; sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

Adhiero a la solución del caso propuesta por el juez Huarte Petite por compartir en lo sustancial sus argumentos.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** la resolución recurrida, y absolver a C.P.C. en



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 15995/2015/TO1/CNC1

orden al delito de aborto con consentimiento de la mujer (arts. 3, 123, 404, inc. 2º, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. IMPONER a C.P.C. la pena de nueve años de prisión, con accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de estupro agravado por haber sido cometido por un ascendiente y aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con desobediencia (arts. 12, 29, inciso 3º, 45, 55, 119, cuarto párrafo, incisos “b” y “f”, 120, segundo párrafo, y 239 del Código Penal, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. RECHAZAR los restantes agravios articulados por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** en esa medida la sentencia impugnada, sin costas en esta instancia (artículos 470, 471 –ambos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío

PABLO JANTUS

ALBERTO HUARTE PETITE

MARIO MAGARIÑOS

-en disidencia parcial-

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CAMARA