

REGISTRADA BAJO EL N° 16 (S) F° 70/112

Expediente N° 138.377 - Tribunal de menores N°1

En la ciudad de Mar del Plata a los 21 días del mes de Febrero del año dos mil siete, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"O., M.V. s/ víctima de abuso sexual"**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau, Ricardo Domingo Monterisi y Nélide I. Zampini

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada obrante a fs. 139/149?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

I: La sentencia dictada por la Sra. Juez de Menores, Dra. Silvina Darmandrail el 14 de Febrero de 2007, que obra a fs. 139/49, concedió la autorización para interrumpir el embarazo a la menor identificada mediante los datos indicados en el apartado 2 de la parte dispositiva, y decidió que la medida deberá efectivizarse en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil, con profesionales del servicio de obstetricia y ginecología especializado.

Dispuso asimismo la Sra. Juez, oficiar al Hospital a fin de que se realicen previamente los estudios médicos necesarios para determinar que la práctica puede llevarse a cabo según las reglas de la lex artis, autorizó la concurrencia de un médico del cuerpo de policía forense para garantizar la preservación del producto de la gestación en recipiente cerrado estéril, con el fin de salvaguardar la prueba de cargo que contribuya al esclarecimiento del delito que se investiga en la IPP n° 223.473 caratulada "V., F. A. Abuso sexual con acceso carnal agravado", y rechazó la designación de un curador "ad litem" pedida por las Asesorías intervinientes.

II: El día 16 de Febrero, la Sra. Asesora, titular de la Asesoría de Incapaces n°1, Dra. Silvia E. Fernández, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia que -fundado en el mismo escrito- obra a fs.151/169.

El recurso le fue concedido en el mismo día a fs.170, con especial indicación, por parte de la Sra. Juez concedente, respecto a que la naturaleza de la cuestión debatida ("no punibilidad de la práctica abortiva debido al estado de necesidad encuadrado en el art.86 inc.1° del Código Penal"), ameritaba su tratamiento y resolución competente por parte de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental.

En esa misma fecha, la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo penal, con la firma de los Dres. Marcelo Riquert y Ricardo S. Favarotto, se declaró incompetente por entender que la presente es una causa asistencial, y por los fundamentos brindados a fs.171/2, dispuso la remisión a esta Cámara de apelaciones civil y comercial, donde fue recibido el expediente el mismo viernes 16 de Febrero

a las 19:35 hs. por el Sr. Secretario de esta Sala 2, conforme consta a fs.171 vta.

Que a fs. 183/186 se dispuso el traslado por plazo abreviado de la expresión de agravios a la Sra. Asesora que ejerce la representación promiscua de la menor, Dra. Adriana Franco, se encomendó al Secretario la citación de las partes a la audiencia fijada para el día 19 de Febrero del corriente año a las 15 hs, habilitando días y horas inhábiles, y se ordenó la notificación con carácter urgente.

Que el traslado fue respondido a fs. 190/198, por lo que, celebrada que fue la audiencia con el resultado que consta en las actas labradas por el Actuario y que obran a fs. 303 y 305, y agregadas las copias certificadas de la IPP n° 223.473, corresponde tratar y resolver -con la premura que el caso requiere - el recurso de apelación de fs. 151/69.

III: Antes de entrar al tratamiento de los agravios vertidos por la Sra. Asesora apelante, considero pertinente manifestar que las ampliaciones de competencia impuestas a este Tribunal

llegan ya a extremos lindantes con el absurdo, pese a lo cual, prometen crecer abarcando en un futuro próximo otras cuestiones jurídicas diversas, cuya decisión requiere a quienes lo integramos, la aplicación de conocimientos jurídicos especializados en otras materias, ajenas a nuestra diaria tarea.

Parece ciertamente paradójico, y me atrevo a decir escasamente racional, que sea esta Cámara, que entiende en la amplísima gama de conflictos civiles y comerciales, el Tribunal que resulte también llamado a resolver acerca de una interpretación axiológica del bloque de constitucionalidad federal, en relación a la legislación penal, para lo cual -preferentemente- y por razón de especialidad, el caso es propio del Tribunal en lo penal que supo -sin titubeos- declararse incompetente declinando su intervención en tan delicada decisión.

IV: La Sra. Asesora apelante en su excelente fundamentación, detalla seis agravios contra la sentencia, pidiendo -además- que se resuelva expresamente su planteo subsidiario acerca

de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal Argentino.

He de tratar solo los agravios conducentes y en particular. Previamente, debo poner de resalto que este Tribunal ha de expedirse, como corresponde, **solamente sobre este caso concreto, sin que sea válido extrapolar las conclusiones que se derivan de las especiales circunstancias que rodean el sub -examine, a otros supuestos.**

IV.1: La primera crítica dirigida contra la sentencia ataca su parte resolutoria.

Considera el Ministerio pupilar, que la doctrina emanada de la Suprema Corte Provincial ha establecido que no procede conceder autorización judicial para la realización de una conducta típica, como lo es la interrupción del embarazo.

Conforme ese criterio, no sería posible conceder una autorización judicial previa para que los médicos practiquen el aborto, sino que la lógica del sistema dispone que una vez realizada la intervención punible, deberá verificarse la concurrencia o ausencia de las causales de justificación previstas por la ley penal, que

eventualmente puedan borrar la antijuridicidad del acto.

La autorización resultaría, en término que utiliza la Sra.Asesora, "improponible", en este y en cualquier caso, pues la norma invocada (art.86 del Código Penal) no consagra un derecho al aborto "ex ante", menos aún cuando lo que se pretende es un permiso judicial para la realización de conductas tipificadas que vulneran derechos constitucionales.

No es posible otorgar una licencia para delinquir, finaliza diciendo la apelante con cita de Bidart Campos.

IV.1.1. A mi modo de ver, situaciones como esta evidencian cierta lógica perversa en un sistema normativo que- en este punto al menos- se muestra ajeno a la realidad social.

Los médicos, naturalmente temerosos de incurrir en una conducta típica, requieren una autorización judicial previa a la intervención, y los operadores jurídicos (jueces, funcionarios, legisladores y abogados) les respondemos que no es necesario, o que no es posible, que procedan por si

solos a interrumpir el embarazo, pues solamente luego de que ello suceda estaremos en condiciones de juzgar si su conducta ha sido lícita o ilícita, y consecuentemente de absolverlos o condenarlos.

Ello importa tanto como requerir a los médicos una conducta heroica que los lleve a actuar sin salvaguardas, para quedar expuestos a las diversas sanciones penales y colegiales, si en el caso, y finalmente, el Juez al que le toque intervenir, no encuentra debidamente justificada la excepción.

Si bien la mayoría de la SCBA, y autorizadas voces de especializada doctrina jurídica entienden que la cuestión debe mantenerse dentro de la relación médico - paciente (Gil Domínguez, Andrés "El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial" en Revista La Ley 2005-D-664) no puede ignorarse deliberadamente que la realidad que transcurre fuera de los tribunales es distinta.

En el exterior de los ámbitos académicos y jurídicos, o si se quiere dentro de los

hospitales, es pública y notoria la negativa influencia de la multiplicación de demandas millonarias por mala praxis, algunas de las cuales, (remarco: algunas, no todas) aunque injustificadas, someten a los profesionales de la salud a peligros morales y materiales que les generan un estrés incompatible con el adecuado desempeño de su delicada labor.

Si ante una práctica normal y habitual, desde un diagnóstico hasta una intervención común, los médicos sufren diariamente el temor de resultar demandados y verse inmersos en un pleito de impredecibles consecuencias, ¿con que fundamento hemos de decirles que practiquen sin diligencia judicial previa un aborto que luego veremos si los condenamos o no penalmente?

¿Cuál es la razón que nos permite exigirles que pongan en riesgo su trabajo, su matrícula, su tranquilidad, su salud y su futuro?

Tengo para mí que, en nuestro país y en la actualidad, no puede exigirse tal conducta a los médicos. No son exigibles las conductas heroicas.

IV.1.2: Juzgar la concurrencia de la excepción con antelación al hecho, me parece menos peligroso de lo que sugiere la apelante.

Si la investigación penal posterior al acto consiste en la reconstrucción histórica de los antecedentes que llevaron a interrumpir el embarazo, para determinar si se está ante un supuesto de aborto no punible, requiriendo para ello dictámenes psiquiátricos, opiniones de un comité de bioética, evaluaciones físicas y psíquicas sobre los peligros que el embarazo generaba a la madre, no veo cual es la razón lógica por la cual estos estudios no puedan ser considerados desde antes por el Juez competente para producir un dictamen jurídico también previo (arg. art.322 del CPC) que evite temores, peligros y acechanzas a los justiciables en un sistema jurídico teñido de inseguridad.

IV.1.3. De seguirse el criterio que propicia la apelante, ha de solidificarse el círculo vicioso en el cual el médico no actúa por temor a las sanciones jurídicas, y los Jueces no consideramos necesaria la autorización previa, pero tampoco

garantizamos la ausencia de sanciones, por lo que el médico persistirá en no realizar la intervención.

No es necesario recurrir al razonamiento mediante el cual se aprecia que en ese círculo vicioso queda encerrada una niña de catorce años que se encuentra embarazada como resultado de haber sido violada por su padrastro, para concluir, que si bien la autorización puede no resultar "legalmente necesaria", en este caso particular, es imprescindible avocarse con urgencia a revisar si concurren los elementos requeridos para emitir un juicio de certeza previo acerca de la licitud o ilicitud del acto médico, para que -si eventualmente así se decide- la intervención pueda llevarse a cabo.

Y es que conforme ha dicho la CSJN *"cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los Jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional "* ("Maldonado,

Sergio A." del 23.11.04 en JA Sup. 2006-I Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación")

Debe quedar bien claro, que la solución que propongo no pretende generar la creación de una suerte de venia judicial previa como requisito de la intervención médica, que no se encuentra prevista en la ley.

Se trata de reconocer que ante la ausencia de un criterio definitivo que despeje cualquier duda interpretativa al respecto, eliminando el desconcierto de los profesionales médicos, se impone que los órganos judiciales brinden respuestas claras al urgente reclamo de la madre de la menor que se ha encontrado con la negativa ante la falta de autorización judicial por parte de los médicos del Hospital.

IV.2. El segundo agravio que desarrolla la Sra. Asesora, ha sido dirigido a criticar lo que considera como la "relativización del derecho a la vida" en la que - a su juicio- incurrió la Sentenciante.

Para ello, la apelante pone de resalto los párrafos de la sentencia en que se afirma

que la protección dispensada al nasciturus no es absoluta, sino que como todos los derechos constitucionalmente reconocidos, está sujeto a limitaciones.

Con cita de los pactos internacionales, de las Constituciones de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, del Código Civil y de jurisprudencia de la CSJN, destaca que el derecho a la vida es el primer derecho natural de toda persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

En el plano normativo, analiza el status jurídico de la persona por nacer, explicando que se es persona aún antes de nacer, y se goza de iguales prerrogativas y derechos que el ya nacido. Enumera detalladamente la capacidad de la persona por nacer, y en capítulo aparte destaca que el derecho a nacer, es anterior y nuclear del derecho a la vida. Su contenido se integra por el tiempo natural de su gestación y es inviolable.

Se agravia de que la Sentenciante considere que el derecho a la vida es susceptible de

grados o mediciones que permitan su dispensa o relativización ante circunstancias concretas, jerarquizando la salud de la madre por sobre la vida del nasciturus, lo que ha servido para fundar la proyectada "eliminación" de la persona por nacer. Por el contrario, entiende que cuando entran en contraposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, la solución ha de derivarse razonadamente de todo el derecho vigente. "La vida del hijo no es menos que la salud de la madre, no estamos ante una opción entre una persona y una cosa, ni entre una persona perfecta y otra incompleta" termina diciendo la representante del nasciturus.

La Sra. Asesora ha fundado en derecho su agravio, evitando tratar el conflicto en base a convicciones propias o recurrir a argumentos emotivos, y lo ha hecho con objetividad y discreción elogiabile, y así también debe ser tratado el agravio desde el punto de vista normativo.

Es útil reseñar, siguiendo a Francisco Muñoz Conde ("Derecho Penal: parte especial" undécima edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 página 75) a quien he de

transcribir en su tratamiento de los delitos contra la vida humana dependiente, que la protección jurídico penal de la vida humana en su fase dependiente ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico penal que se brinda a la vida ya independizada.

"En primer lugar, la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la embarazada determina una especial relación de dependencia de aquel frente a esta que condiciona la protección jurídico penal que, en principio, merece la vida humana dependiente. Ciertamente nada habría que objetar a una protección absoluta de la vida dependiente si la continuación del embarazo no afectara también otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada."

"Pero muchas veces el embarazo afecta seriamente a esos otros bienes jurídicos, planteándose un conflicto de intereses que debe resolverse conforme el principio general de salvaguarda del interés preponderante."

"El problema jurídico se plantea porque algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los intereses en juego, incluidos los de la embarazada misma (su vida, su salud, su libertad, etc). Otros, en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma"

Dice más adelante el autor que vengo transcribiendo que "frente a estas dos posturas, ideológicamente enfrentadas, se ha ido abriendo en los últimos treinta años en el derecho comparado una postura intermedia que, partiendo de la protección jurídico penal que merece también la vida dependiente y, por tanto, de la punibilidad de toda destrucción voluntaria de la misma, procura tener en cuenta los intereses de la embarazada afectados durante el embarazo, admitiendo, mediante la creación de los

oportunos instrumentos legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad genérica del aborto que se acepta como punto de partida.

En nuestro derecho, Andrés Gil Domínguez ("Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza" en Revista La Ley 1998-F- 552) sostiene que la persona por nacer, "es una persona ontológicamente distinta a la persona nacida, y que por este motivo ha recibido a lo largo de la historia de la humanidad un tratamiento civil, penal, social y moral distinto".

Ejemplifica este autor recordando que "el derecho penal ha castigado de manera más severa el homicidio que cualquier forma de aborto", que a diferencia del primero, el segundo no ha sido incluido en los tratados de extradición, que "el derecho civil ha considerado que los derechos de las personas por nacer son potenciales y solo se consolidan en caso de nacimiento" (Cifuentes). Sostiene que desde la perspectiva normativa cualquier daño que la mujer infiera a la vida en formación por abuso de alcohol, consumo de drogas o tabaquismo, no merece reproche normativo, pero que, una vez nacida

la criatura los daños que con los mismos medios se cometan contra la salud e integridad del niño si merecen la desaprobación de las normas vigentes-.

En el mismo sentido cabe recordar la opinión de Jorge Joaquín Llambías respecto a que la personalidad de las personas por nacer no es perfecta, sino imperfecta (Tratado de derecho civil: parte general tº 1 página 226 nº 329, décimo novena edición actualizada con las nuevas leyes por Patricio Raffo Benegas, editorial Abeledo -Perrot Bs.As. 2001)

En cuanto a la protección de la vida por nacer establecida en los pactos incorporados a la Constitución, cabe señalar, con Gil Domínguez (LL 1998-F-592) que en ellos "se evitó utilizar un concepto absoluto...porque habría implicado la derogación de los códigos penales que regían en muchos países y que excluían la sanción penal en diversos casos (art.86 del Código Penal Argentino).

La mayoría de los ordenamientos establece una diferencia entre la protección dispensada a la persona por nacer, que a la persona ya nacida (del dictamen de la Procuración de la SCBA

en la causa n° 98.830 con cita de Sandro Abraldes y Javier Esteban de la Fuente "El aborto no punible en el sistema de las indicaciones").

De este modo, y aún repasando el detallado inventario de la capacidad jurídica de la persona por nacer que realiza la Sra. Asesora, es evidente que la protección normativa de la persona por nacer se encuentra diferenciada con relación a la que el ordenamiento brinda a la persona nacida, y que consecuentemente la igualdad y protección absolutas que se pregonan no son tales.

No obstante, la crítica tendría pleno sentido si la autorización concedida atendiera exclusivamente a la configuración del estado de necesidad, como causa de justificación. Pero, observo que una lectura atenta del fallo muestra que la Sra. Juez de Menores previendo que el presente pudiera considerarse un supuesto de **colisión de dos bienes de igual jerarquía**, (como así lo hace la Sra. Asesora), y , con cita de Bacigalupo Zapater , consideró que el caso igualmente encuadraría como "supuesto de no punibilidad por disminución de la gravedad de la ilicitud, de no exigibilidad, o

también como excusa absolutoria objetiva que, como tales, excluyen la responsabilidad de todos los participantes (ver. Fs.147 vta y 148 con cita de Bacigalupo Zapater, Enrique y López Barja de Quiroga, Jacobo " Contestaciones al programa de derecho penal.." allí citado), sin que para ello sea menester otorgar preeminencia a un valor sobre otro.

En el mismo sentido, cabe citar la posición de Edgardo Donna expuesta por la Dra. Franco en su respuesta, respecto a que la mujer que ha sido violada y aborta, entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes. (Donna Edgardo, Derecho Penal Parte especial tºI editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 1999 página 91).

En conclusión, entiendo que este aspecto crítico de la decisión de la Sra. Juez de Menores, constituye una razonada derivación del derecho vigente, y el agravio debe rechazarse.

IV.3. Se agravia la Sra. Asesora en cuanto la Sentenciante afirma que resulta contrario a la dignidad personal de la joven madre "obligarla a

soportar las consecuencias de un hecho de tal naturaleza (refiriéndose al embarazo)".

Sostiene que la conducta autónoma de la madre no puede ser amparada por el art.19 de la Constitución Nacional, en cuanto tal ejercicio perjudica al tercero que es la persona por nacer. "Abortar no es una acción privada autorreferente desde que se proyecta al hijo concebido sin posibilidad de defensa propia", dice la apelante.

Bien leídos, los párrafos que la Sra.Asesora transcribe en su tercer agravio, no permiten concluir que la Sentenciante afirme lo que ha visto allí la recurrente Asesora.

Creo que la Sra. Juez ha sido suficientemente clara al decir que, es contrario a la dignidad personal de la menor de catorce años, **obligarla a soportar un embarazo derivado de una violación**, en tanto al prescindir de su consentimiento se la estaría considerando un mero instrumento.

Al respecto enseña Antonio E. Pérez Luño que " la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser

objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de una lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad* , sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (...) que surge de la libre proyección histórica de la raza humana, antes que de una predeterminación dado por la naturaleza (autor citado "Derechos humanos, estado de derecho y constitución" editorial Tecnos, Madrid, sexta edición, 1999 página 318).

Comprendido de este modo, comparto el criterio de la Sentenciante, que encuentra plena apoyatura en el derecho vigente (art.86 C.P.) conforme se indica con claridad en la sentencia apelada.

IV.4.: Agravia también a la apelante que la Sentenciante haya encuadrado el caso en el inciso primero del artículo 86 del Código Penal. Considera que no se encuentra configurado el "estado

de necesidad", pues "no se hallan reunidos los elementos que acrediten con grado de certeza o fuerte verosimilitud, la existencia de riesgo psicofísico exclusivamente derivado de la continuidad de la gestación".

Admite que la joven ha padecido un indudable daño psíquico al haber sido víctima de un acto aberrante por parte de su padrastro, pero entiende que el daño ya está causado y que en ninguno de los informes se probó -con el grado de certeza exigible para la gravedad de la situación- que la continuidad del embarazo provoque un daño psíquico autónomo. No se borra el daño psíquico eliminando "el fruto" de la violación, existiendo alternativas menos gravosas y peligrosas -aún para la misma niña- como la entrega en adopción.

Refiriéndose al caso del inciso 1° del art.86 del Código Penal, dice Zaffaroni ("Derecho Penal: parte general" editorial Ediar, Bs.As. Noviembre de 2000, página 483 n°9) que "La salud puede ser tanto física como psíquica, de modo que es correcto que el Código no distinga y, por ello, puede considerarse el aborto practicado en el caso de

embarazo proveniente de una violación como una hipótesis más de riesgo para la salud de la gestante".

Más adelante el mismo autor (página 612 n°10) reitera que " La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no solo en el caso del aborto terapéutico, sino también del sentimental o ético, y del eugenésico. Conforme a nuestra ley, la hipótesis general está contenida en el inciso primero del segundo párrafo del art.86 CP: *si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*. Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), **el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada**" (negrilla no original).

De lo expuesto por el reconocido jurista, surge que el supuesto del embarazo derivado

de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del inciso primero, por lo que el encuadre en dicha premisa general, tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso segundo, en tanto el embarazo es producto de una violación.

En igual sentido puede verse el dictamen de la Procuradora, Dra. Falbo en la causa n° 98.830, en cuanto manifiesta que el art.86 inc.2° del Código Penal exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual.

Sobre la ausencia de prueba que contenga la suficiente contundencia o verosimilitud de peligro para la salud psíquica de la menor, alegada por la apelante, la mera revisión de la causa, que hago teniendo presente el encuadre conceptual transcripto en los dos párrafos anteriores, me convence de lo contrario.

A fs. 69/71 obra el informe de la Perito Psicóloga del Tribunal de Menores n°1, Licenciada Beatriz Malbrán que informa un pronóstico

"reservado" para la menor por el riesgo de la salud psíquica que importa el niño no deseado por su madre, señalando previamente que " su hijo sería la consecuencia viviente" del trauma padecido. "El hijo sería el recuerdo permanente de la ofensa infringida...", para finalizar señalando que la interrupción del embarazo sería preventiva de estos daños.

A fs-79/81 obra el informe del Comité de Bioética del Hospital Privado de la Comunidad, en el que expresamente se señala el riesgo de exposición de la menor a una patología psiquiátrica severa irreversible, y que en la medida en que el tiempo de gestación avance ese riesgo de desborde se incrementará. A ello debe agregarse el informe ambiental de fs.64/65, las diversas entrevistas con la menor y su madre, y la reiteración -ante preguntas concretas en la audiencia del 19 de Febrero- de la opinión de la Licenciada Malbrán, quien trabaja en temas de abuso sexual desde 1982, respecto a que mayor será el daño psíquico que se cause a la menor negando la autorización que concediéndola (ver acta de la audiencia a fs. 303 vta).

Todo lo expuesto pone en evidencia que la continuidad del embarazo provocado por la violación del padraastro, profundizaría la fragilidad del estado de la menor, exponiendo su salud a serios peligros.

Es cierto que la interrupción del embarazo no ha de borrar el trauma de la violación, pero tampoco permitirá la presencia y continuidad de las consecuencias del hecho no deseado. Juzgo entonces, como lo ha hecho la Sra. Juez, que se encuentran reunidos todos los requisitos para la aplicación de la norma de excepción.

IV.5. Uno de los agravios centrales del recurso en tratamiento, es el referido al planteo de inconstitucionalidad del art.86 del Código Penal, cuya resolución expresa ha solicitado la apelante.

En relación a la inconstitucionalidad pedida, considero que la protección del derecho a la vida, como todo otro derecho reconocido constitucionalmente no es absoluto (art. 28 CN), y para ello baste señalar con Gil Domínguez que la legítima defensa, como causa de justificación borra

la antijuridicidad de la muerte causada al agresor (ob.cit.; ver también el dictamen de la procuración en causa nº 98.830 SCBA).

La protección constitucional dispensada a un derecho, no significa necesariamente protección jurídico penal (en tal sentido Gil Domínguez, Andrés op.cit; Sagües, Nestor "Elementos de derecho constitucional" tº II, Astrea, Bs.As. 1997, páginas 264 y siguientes, y los autores citados por la Sra. Asesora Dra. Franco a fs. 192 vta. Gulco, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Dalla Via, Zaffaroni, etc).

La constitucionalidad del art.86 del Código Penal ya ha sido resuelta por la CSJN en la causa: "Tanus, Silvia c. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires" (Fallos 321:1415 en JA del 18-4-2001) y en Fallos: 257:295; 262:45. En igual sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos: " E., L.M. y NN persona por nacer. Protección. Denuncia, causa 98.830".

En esta última causa, el destacado dictamen de la Procuradora señala que "el art.86 resuelve un conflicto de intereses entre la madre y

el *nasciturus*. Es decir, por un lado la vida del feto, y por el otro la libertad de la mujer que, como consecuencia de un hecho delictivo y sin ningún tipo de participación voluntaria, debe afrontar un embarazo no deseado. Esta protección de la vida humana en diferentes grados, **resulta totalmente legítima y constitucional. Ello así, porque el legislador obró en el marco de sus atribuciones y porque como ya adelantáramos, ningún derecho por más vital que sea, es absoluto**" (el destacado no es original).

Aúno a la expresado que, con estos antecedentes, no parece legítimo contrariar la doctrina de la CSJN según la cual se presume la constitucionalidad de las leyes, ("Peralta c.Estado Nacional" LL 1991-C,158 considerandos 53 a 56, entre muchas otros) y solo la demostración de la irrazonabilidad de la ley en su relación con las modalidades del caso ("Cine Callao" LL 100-45 considerando XIX) habilita la declaración de inconstitucionalidad y el consecuente apartamiento de las soluciones que el legislador ha previsto.

Por todo ello, entiendo que corresponde rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art.86 del Código Penal.

IV.6: Corresponde tratar el sexto y último agravio, referido a la negativa a designar un tutor ad litem.

Sostiene la Sra. Asesora en esta parcela de su ataque que, en el caso, frente al pedido coincidente por ambos Ministerios en cuanto a la designación de tutor ad litem respecto de la persona por nacer, su rechazo patentiza una discriminación negativa entre la joven M.V. y su hijo por nacer, pues refiere que "la primera cuenta con dos representaciones coadyuvantes (su progenitora y la Sra. Asesora de Menores N°3 Dra. Adriana Franco), en tanto el nasciturus solo cuenta con la representación (de la recurrente)".

Afirma que esa solución no sólo viola la normativa legal (art. 397 del CC.) sino que traduce una clara violación al derecho de defensa en juicio de su asistido (art. 18 CN, art. 15 CPBA).

Finalmente indica que oportunamente la Sra. Juez de grado a fs. 63 admitió la designación

del referido tutor ad hoc.

En primer lugar debo señalar que las particulares circunstancias del caso justifican superar cualquier reparo que el trámite de la causa pudiera merecer en cuanto a la incompatibilidad que presenta el proveído de fs. 63 - que ordenó la designación de un tutor - y la resolución impugnada que desestima dicha designación requerida, a la par que lo hace en la parte dispositiva y por los breves fundamentos dados en ese tramo de la sentencia (ver punto 1 de la sentencia de fs. 139/149).

A su vez, juzgo conveniente recordar que de las constancias de esta causa surge que la Dra. Silvia Fernández -titular de la Asesoría de Menores N°1- a partir de la resolución de la Fiscalía General de Cámaras Departamental obrante a fs. 78 , **y en particular de la aclaración efectuada a fs. 87** interviene en esta causa representando al nasciturus, haciendo lo propio la Dra. Franco -Asesoría N°3- por la menor-madre.

Así continuó la causa, bilateralizando el conflicto de intereses con la antedicha representación.

Considero que, atendiendo a la sustancia mas que a las formas, los derechos del por nacer están adecuadamente defendidos por la propia apelante (arts. 18 CN, 15 CPBA, 8 y 25 CADH).

A todo evento, aprecio que las particularísimas circunstancias de la causa habilitan a tornar difusos los límites que la naturaleza coadyuvante de la intervención del ministerio público pupilar impone, por regla, en la generalidad de los procesos en que intervengan menores e incapaces (doctr. art. 59 del CC.); verificando que, en el sub examen, los intereses del nasciturus obtienen una efectiva tutela, lo que desplaza la configuración de la violación del derecho de defensa en juicio alegada por la impugnante. Prueba de ello es el tramite de este recurso.

Advierto que **no debe plantearse la cuestión de la defensa en juicio en términos cuantitativos**. La ecuación formulada en la expresión de agravios consistente en poner de resalto la intervención de **un solo Asesor de menores por el nasciturus y dos representantes coadyuvantes por la menor-madre** se detiene en una cuestión numérica y

queda, desde toda perspectiva procesal, vacía de contenido.

El principio de dualidad, referido a las posiciones que deben observarse en los extremos de este conflicto queda abastecido, en el caso, con el claro rol asignada a cada Asesora interviniente. A su vez, esa intervención se traduce en la concurrencia a este proceso en un pie de igualdad, **desde el punto de vista de la defensa técnica**, de los derechos de la menor M.V. respecto de los del nasciturus (arg. arts. 18 CN, 15 CPBA; 8 y 25 CADH).

Sobre la base de lo expuesto considero que, no ha habido violación de la norma legal alegada, en concreto del artículo 397 del Cód. Civ., pues sin desconocer que las funciones del ministerio de menores mas que **representativas** son *asistenciales y de contralor*, nada impide que, ante situaciones como las que aquí imperan, asuma aquél carácter (art. 59 del CC; ver Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", T. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, decimonovena edición, p. 379 y 378).

Esto resulta compatible con la ley local, desde que el artículo 23 de la ley 12.061 establece que corresponde al Asesor de Incapaces peticionar en nombre del incapaz, por propia iniciativa, **cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad y de ser oídos por el juez de la causa** (conf. art. cit. Inciso 3º, texto según ley 13.643).

Es por ello que el agravio en tratamiento debe ser desestimado.

V: Si mi voto es compartido deberá ser rechazado el recurso de apelación, y confirmarse íntegramente la sentencia apelada.

Además de ello, propongo que - teniendo en cuenta la recomendación efectuada para la eventualidad en que se confirme la sentencia, por el Sr. Fiscal General en la audiencia de fs. 303, se le haga saber al Sr. Juez de Garantías que entiende en la IPP n° 223.473 a los fines de que disponga las

medidas necesarias para la conservación de las pruebas y las notificaciones que estime pertinentes.

Atento la naturaleza de la cuestión debatida he de proponer que no se impongan costas (art.68-2 del CPC).

Por las razones y citas legales expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión el Dr. Ricardo D.

Monterisi dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega Dr. Loustaunau y efectúo las siguientes acotaciones:

La Sra. Asesora de Incapaces en elogiada pieza recursiva, pone de resalto, que el art. 86 del Código Penal es palmariamente inconstitucional por vulnerar el derecho a la vida, que encuentra tutela no solo en nuestra Constitución Nacional, sino también en Tratados Internacionales de igual rango, por lo que me referiré a esta cuestión sustancial.

1.- El derecho a la vida ha sido caracterizado por la Corte Federal como el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a

toda legislación positiva y que resulta garantizado por la Constitución Nacional, de manera implícita en el art. 33, donde se establecen los derechos no enumerados pero que nacen del principio de soberanía popular del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Fallos 302:1284; 32:1339, entre otros).

Vale la pena recordar que fue precisamente Velez Sársfield, -que a su vez había integrado la Convención Constituyente en 1860 y auspiciado la incorporación del art. 33 a nuestra Constitución Federal- quien con posterioridad reglamentó este derecho constitucional a la vida incorporándolo al Código Civil, como norma explícita en el art. 70, reconociendo así la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno (Baigorria Claudia E.- Solari Néstor, "El derecho a la vida en la Constitución Nacional ¿Desde la concepción o desde el embarazo?", en La Ley 1994-E, 1167).

Este derecho fundamental, es prerrequisito de los demás derechos y libertades de los seres humanos, toda vez que los mismos carecen de sentido en la medida que no se garantice la vida de

las personas, razón por la cual se lo ha definido como "el primero de los derechos humanos" (Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros [Caso de los "Niños de la Calle"], sentencia de fondo del 19-11-1999, párr.144; Ossola Alejandro "Las resoluciones jurisdiccionales relacionadas con el aborto. Los casos de Mendoza y Buenos Aires" La Ley 18-10-2006, S).

La Constitución Bonaerense consagra expresamente el derecho a la vida, señalando su comienzo "desde la concepción y hasta su muerte natural (art. 12 inc. 1). Otras cartas constitucionales provinciales siguen la misma ruta: Córdoba (arts. 4 y 19 inc. 1), Formosa (art. 5), Salta (arts. 10 y 17), San Luis (art., 13), Tierra del Fuego (arts. 13 y 14) y Tucumán (art. 35 inc. 1º).-

3.- En el ámbito supranacional este derecho tiene similar tutela :

a) La Declaracion Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, señala en su art I: *"Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".*

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 3 se expide en igual sentido.

c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en su art. 6.1 : " *El 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.* " .

d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce en su art. 4.1 : " *Toda 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.* " .

e) La Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su art. 6 : " *1 Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2.- Los Estados Partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño* " .- Con relación a este artículo, nuestro país formuló una declaración unilateral, señalando "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 dieciocho años de edad".

Como es sabido todas estos instrumentos internacionales, a partir de la reforma constitucional del año 1994, tienen linaje constitucional, con la salvedad que no derogan ningún artículo de la Primera Parte de nuestra Carta Magna, y se consideran complementarios de los demás derechos y garantías por ella reconocidos (arts. 75 inc. 22).

Como bien apunta Gelli, esta jerarquización del Pacto de San José de Costa Rica, provocó que la protección del derecho a la vida - reconocido en el art. 70 del CC- adquiriera un mayor voltaje, ingresando ahora al bloque de constitucionalidad federal (Gelli María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", 3ra. ed.,,pág.385, Buenos Aires, 2005).

4.- La columna vertebral del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, me refiero concretamente al Pacto de San José prescribe en su art. 4.1 -tal como adelantara- que este derecho fundamental "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la

concepción", esto significa que para el Pacto el concepto del derecho a la vida no es de carácter absoluto, admitiendo excepciones a la regla general de protección.

5.- Esta cuestión fue motivo de análisis por parte de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** con motivo de la denuncia formulada en el año 1977 contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachussets, por violación al derecho a la vida, conocido como el caso "Baby Boy", a raíz de una sentencia dictada por la Corte Suprema del país del norte, y que absolviera al médico que, con consentimiento de la madre, practicara el aborto, y que impidiera la vida de "Baby Boy".

En la resolución de ese caso, al realizar la Comisión un pormenorizado estudio de los trabajos preparatorios tanto del art. 1 de la Declaración Americana y del **Pacto de San José**, en relación con el derecho a la vida, y **en particular de la inserción de las palabras "en general" en el art. 4.1** de este último, se señaló que dicha expresión tuvo por objeto permitir la subsistencia -por no incompatibilidad- de la preexistencia de aquellas

legislaciones nacionales que no son restrictivas de abortos en **especiales situaciones**.

En particular referencia a estas "especiales situaciones" se mencionan en el informe (párr. 19 "e" y "f") -entre otras- cuando sea necesario para salvar la vida de la madre o, para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, individualizándose al art. 86 de nuestro Código Penal como un claro ejemplo en ese sentido (Conf. CIDH, Res. nro.23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, del 6 de marzo de 1981-; SCBA, Ac. 98.830, 31-7-2006, "R. , L.M. , 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia", voto del Dr. Soria, pto.6.3).

Es de destacar que siendo la Comisión Interamericana uno de los dos órganos competentes para supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes en el Acuerdo de San José (art. 33), sus informes deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los jueces nacionales en los casos que les toque decidir, como en el sub examine (CSN, Fallos 321:3555, voto de los ministros Boggiano y Bossert,

cons. 10,14 y 16; Hitters Juan C. "Los tribunales supranacionales", La Ley 16-8-2006, 1).

6.- En base a este plexo normativo **cualquier ley que autorice con generalidad el aborto, resulta ser inconstitucional.** Así por ejemplo, tal como lo menciona Sagüés, el llamado aborto "discrecional o libre" -producto de la simple voluntad o criterio de la progenitora-, pues en tal caso, como anota el distinguido constitucionalista, el derecho a la libertad de elección de la madre, cede ante el derecho a la vida del feto. (Sagüés Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", tomo 2, 2da. ed. actualizada y ampliada, pág. 263-264, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998).

En esta línea de hermenéutica, calificada doctrina autoral, señala que si bien la Convención Americana, protege la vida desde la concepción, frente a determinadas circunstancias especiales y en determinado tiempo, permite la no penalización del aborto consentido en consideración de otros derechos por la misma carta internacional y que son atinentes a la mujer (Gil Domínguez, Fama y

Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", t. II, pág. 1030, Ed. Ediar, Bs.As., 2006).

Al respecto Quiroga Lavié destaca que si bien la Convención Americana protege la vida desde la concepción, *"ello está afirmado 'en general', como bien puede advertirse en la redacción del art. 4.1 de dicho texto. Al hablar de 'en general' la Convención ha querido 'desdogmatizar' la protección de la vida, dejando a las legislaciones de cada Estado, la resolución de los casos de excepción, de acuerdo con las necesidades y la cultura de cada pueblo"* (Quiroga Lavié Humberto, "Los derechos humanos y su defensa ante la justicia", pág.39, Ed. Temis, Bs.As., 1995).

De su lado, el recordado maestro Bidart Campos opina, que la Convención excepcionalmente tolera que el derecho a la vida no se lo proteja a partir de la concepción; *"o sea que el tratado quizás admitiría causales muy restringidas y recaudos muy severos para el aborto especial -y nunca general-*. (Bidart Campos G., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo III, pág. 178, ed. Ediar, Buenos Aires, 1989).

7.- Queda claro en consecuencia que la interrupción del embarazo no es bajo ningún punto de vista tolerado por la CADH, que solo otorga venia al legislador para su procedencia en la medida que se **lo establezca bajo condiciones muy restringidas y precisas**, como serían los casos del denominado **aborto terapéutico o necesario** -provocado para salvar la vida o la salud de la madre-, o del **aborto llamado sentimental o ético** -practicado sobre la víctima de una violación-, y del **aborto eugénico o eugenésico** -practicado sobre la mujer idiota o demente- y que declara impunes nuestro Código Penal en el art. 86 inc. 1º y 2º.

8.- De lo precedentemente expuesto - con perdón de la hipérbole- queda claro que para la ley vigente, en una norma que es de claro orden publico, **fuera de esos casos no existe posibilidad de autorizar por decisión de la madre la realización de un aborto.**

En el sistema constitucional que nos rige (art. 31 de la C.N.), basado en el principio de la separación de poderes o de funciones del Estado y del derecho codificado, la jerarquía normativa

establece que la ley vigente mientras no sea modificada por el legislador ha de ser aplicada, sin que el intérprete judicial, al hacerlo al caso, pueda abrogarla o modificarla, con excepciones reglamentarias ni por considerarla injusta, pues de lo contrario se instauraría una justicia de equidad, que nuestro sistema normativo no acepta(art. 18 de la C.N.).

La posibilidad de agregar o no otras causales para la no punibilidad del aborto que las actualmente previstas por el art. 86 del Código Penal es tarea que corresponde al legislador y no a la justicia (arts. 15 y 16 del Cod.Civil), y si ésta lo hiciera se convertiría en legislador, haciendo peligrar no solo el principio de la separación de poderes o funciones estatales, sino la esencia de los principios republicanos de gobierno.-

Por lo tanto, y respondiendo así a la cuestión de constitucionalidad planteada por la apelante, considero que, luego de ponderar todas las normas del bloque de constitucionalidad señaladas, el art. 86 del Código Penal encuentra su debido quicio en nuestro sistema jurídico.-

Por todo lo expuesto **voto por la afirmativa**

A la misma cuestión la Dra. Nélida I.

Zampini dijo:

Adhiero a los fundamentos dados por los magistrados que me precedieron en el orden de votación, a excepción del punto III del voto del Dr. Roberto J. Loustaunau, a mas de ellos agregó:

I) ANTECEDENTES DE LA CAUSA-PRUEBA PRODUCIDA EN AUTOS.

A fs. 1 se presenta la madre de la menor denunciando que su hija de 14 años ha sido abusada sexualmente por su concubino quedando embarazada.

A fs. 17 y 18 con los antecedentes médicos se fija audiencia para que concurra con la progenitora y su hija con el fin de realizar las evaluaciones y peritaciones conducentes a los efectos de conocer el estado de la menor y si es necesaria su derivación a tratamiento psicoterapéutico, y asimismo ordena poner en conocimiento de la fiscalía en turno.

Se agrega informe médico de la menor (ver. fs. 25).

En la audiencia de fs. 26 manifiesta quienes integran el grupo familiar, que concurre a la escuela y que a raíz de la situación familiar el concubino de la madre no vive en su casa. Lo hace también la mamá fs.27.

Más adelante se realiza entrevista psicológica a la menor y a la madre, concluyendo la perito psicóloga que la menor se siente angustiada, que llora cuando se refiere a la conflictiva familiar. Presenta signos frecuentes en víctimas de abuso sexual, que se diferencia acorde a la edad de cada niño. Se indica tratamiento psicológico.

A fs. 44 la Asesora de Menores Silvia Fernández mantiene contacto en forma personal y directa con la niña M. V. en cumplimiento del art. 12 de la CDN, quien representa a la persona por nacer.

A fs. 60/61 se presenta nuevamente la madre de la adolescente manifestando que había concurrido al HIEMI donde es recibida por el jefe de obstetricia quien le expresa que si su hija no era idiota o demente no iba a poder efectuarse un aborto, o que haya una orden judicial al respecto.

Luego concurre a la fiscalía, a la

Defensoría General, como a la Asesoría de Menores. Agrega que fue visitada por una asistente social y la joven no estuvo interesada en hablar con ella. Agrega "que no quería hablar más con nadie, porque cada vez que habla con alguien, ella se siente peor y nadie le da una solución, sino que le dan a entender que va a tener que seguir con el embarazo."

A fs. 64/65 se agrega informe asistencial.

A fs. 67 declara nuevamente la joven refiriendo que no quiere tener el bebé e irrumpe en llanto.

La madre de la menor presente en el acto expresa **"que para ella hubiera sido más fácil hacerle practicar el aborto a su hija antes de hacer la denuncia...y no tendría que haber expuesto a su hija a tantas audiencias como entrevistas e interrogatorios a los que fue sometida sin que se le diera solución a su problema"**.

A fs.69/71 eleva el informe psicológico de la joven y concluye con párrafos de la licenciada Eva Giberti hablando de la madre menor y la preocupación por el embarazo durante la

pubertad.

Señala que en el presente caso es necesario definir prontamente por el tiempo de gestación si la menor agraviada tendrá la posibilidad de realizar una vida normal, una vez elaborado el trauma padecido, tratando de superar sus recuerdos y sus pérdidas, con su hijo nacido. Su hijo sería la consecuencia viviente de esta situación que podría ser obstáculo en esta resolución y proyecto de vida.

Por lo que se infiere que la continuidad del embarazo por el riesgo, la salud física de la menor y el futuro producto del abuso, el niño no deseado por su madre y marca del mismo sería de pronóstico reservado para la menor en la doble circunstancia de mujer y madre y como consecuencia el niño hijo.

Dictamina que sería preventiva la interrupción del embarazo en la constitución psíquica de la menor en plena adolescencia y su familia actual que la contiene y protege y el futuro de ambas, niña y familia.

A fs. 73 se libra oficio al Comité de Bioética del Hospital Privado de Comunidad agregando

su respuesta.

En sus párrafos principales se indica:" Consideramos que nos encontramos ante un conflicto de valores entre la vida del hijo por nacer y la integridad física y psíquica y aún la vida de la joven dada la extrema vulnerabilidad manifiesta a un riesgo cierto de muerte, si pretende deshacerse del feto sin la ayuda de profesionales médicos. Destaca que la menor gestante como su madre invocan un sufrimiento grave y cierto provocada por el embarazo consecuencia de la violación padecida.

Más adelante dice: "...En efecto, el trauma psíquico puede resultar de un solo acontecimiento que resulte violento o por la suma de varios acontecimientos que alteren la economía del psiquismo y los principios que rigen la vida del psiquismo. La magnitud del estímulo traumático está relacionada proporcionalmente con el efecto desorganizador sobre el psiquismo, proceso que inevitablemente dará lugar a trastornos psicopatológicos y/o psiquiátricos de variable severidad, en no pocos casos de carácter irreversible. Se trata de una niña violada por el

padraastro (figura masculina de algún modo revestida como paterna), con 13 años de edad al momento del brutal hecho. Embarazada a consecuencia de esta violación, con un real registro de trauma de parte de la niña, quien vivencia la situación con mucha angustia y dolor, con conciencia de la situación que atraviesa, y reclama se alivie semejante padecimiento que amenaza desbordarla. De aquí en más la irrupción de esta experiencia traumática exigirá de la niña enormes esfuerzos psíquicos (con inciertos resultados) que intenten reparar este daño. El modo en que pueda procesarlo, el devenir de los acontecimientos venideros irreversiblemente atravesados por el trauma, la posibilidad o no de neutralizarlo, podrá variar a lo largo de la vida. Pero la práctica clínica en salud mental nos muestra la persistencia de rebrotes traumáticos que se mantienen en la vida adulta, con frecuencia asociados al silenciamiento, conducentes a tolerar, sobrellevar, negar o desmentir diversas formas de violencia. Entendemos que en el origen y desarrollo de ciertos trastornos psiquiátricos severos, están asociados a factores externos que amenazan la

estabilidad de la estructura psíquica y recursos posibles que impidan un derrumbe de la misma...".

"La ausencia de sanción por parte de la Justicia (Estado), que en el ámbito psicosocial inhabilita las funciones que debería cumplir en cuanto garante del orden simbólico, lugar de terceridad y como regulador de los intercambios, deja abierta la posibilidad de reactivación periódica de vivencias de desamparo que operan como un factor desestructurante del psiquismo.

De los informes psicológicos obtenidos se deduce que esta niña es ya una paciente en riesgo psíquico, con una fragilidad estructural agravada por el trauma, la no respuesta a su deseo, y la imposición de que acepte un embarazo que rechaza.

También del informe **puede inferirse el riesgo al acting**, buscando una solución que ella no siente se le ofrezca en el ámbito que la solicita. Es previsible, que a medida que el tiempo de gestación avance este riesgo de desborde se incrementa. En esta instancia, el derrumbe psicológico es un hecho que expone a la menor a una patología psiquiátrica severa irreversible (en las

entrevistas sucesivas, la niña se angustia, llora e interroga sobre la posibilidad de terminar con el embarazo arrojándose de un médano, o golpeándose, o recurriendo a otros medios...”

Después se refiere al aspecto jurídico fundándolo en doctrina y jurisprudencia, en los art. 86 inc. 1° y 2°.

Concluye que en el caso de autos la maternidad a la niña le viene impuesta por el abuso sexual de su padrastro. La norma penal predispone a la solución del conflicto de bienes jurídicos a favor de la licitud de conferir a la mujer o a su representante legal en este caso, la opción por proseguir o interrumpir el embarazo en las gravísimas circunstancias detalladas.-

A fs.84/85 se presenta la Dra. Adriana Franco en representación de la menor.

A fs. 95/96 se presenta nuevamente la menor con su madre.

Se refleja en la audiencia la necesidad que expresa la menor de que no se le pregunte más sobre lo mismo.

A fs. 114/129 se presenta la Dra.

Silvia E. Fernández en representación de los intereses de la persona por nacer. Peticiona el derecho a nacer como derivado del derecho a la vida. Señala el concepto de persona y plantea la jerarquía y protección constitucional. Señala que el art. 86 inc. 2 del CP no dispensa de punibilidad al aborto cometido en todo caso de violación. Tampoco considera aplicable como argumento interpretativo la solución terapéutica contenida en el art. 86 inc. 1°. Señala que el supuesto de autos difiere de lo resuelto por la Suprema Corte de Bs. AS. "R.L. M." del 31/7/2006, también plantea la inconstitucionalidad del art. 86.

A fs. 131 se presenta la Dra. Adriana Franco a los fines de solicitar autorización legal de un aborto a la menor. Señala que nos encontramos frente a la aplicación del art. 86 inc. 2 del Código Penal. Agrega sobre el conflicto de intereses existentes entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. Después hace una interpretación y alcance del art. 86 inc. 2.

También se ha dado intervención a la fiscalía en turno por el delito de abuso sexual.

A fs. 139/149 conforme lo dispuesto

en el art. 86 inc. 1º; 10 inc. B) DL 10.067/83, art. 1,3,6,19,23 Y 24 CIDn, con citación a la Asesora de Menores, la Sra. Juez resolvió: "1)No hacer lugar al pedido de las Asesorías intervinientes, en cuanto al nombramiento de un Curador "ad litem" para el nasciturus, atento a que la jurisprudencia ha juzgado innecesaria la designación de tutor especial cuando la representación promiscua del Ministerio Público garantizada la adecuada defensa de los intereses del menor siendo ello corolario de lo dispuesto en el art. 61 del C.C. (C. Civil 1, Cap. 8/24; J. A 12-703, C. Civ. 1 Cap. 4/12/39, J.A. 68-739). 2)Conceder autorización para la interrupción del embarazo de la menor, argentina, nacida el 02 de diciembre de 1992, D.N.I. nro. 36.987.431, medida que deberá efectivizarse en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil con profesionales del Servicio de Obstetricia y Ginecología Especializado.3) Previamente y a los efectos de salvaguardar los derechos a la salud de la menor causante ofíciase al Hospital para que previamente se le realice a la menor todos los estudios médicos necesarios para determinar que la práctica puede llevarse a cabo

según las reglas de *lex artis*.4)A fin de salvaguardar la prueba de cargo que contribuya al esclarecimiento del delito que se investiga, solicítese la preservación del producto de la gestación en recipiente cerrado estéril sin formol con sustancia que lo preserve. Autorízase para tal procedimiento la concurrencia de un médico del Cuerpo de Policía Científica Departamental quien deberá garantizar su conservación de acuerdo a las practicas periciales pertinentes. 5) Notifíquese con habilitación de días y horas. Firme, líbrense los oficios correspondientes.6)Póngase en conocimiento de la UFIJE interviniente lo aquí resuelto con copia y expresa constancia que a la fecha la resolución no ha adquirido firmeza".

A fs. 151/169 apela la Asesora de Incapaces en representación del nasciturus.

Comenzare a desarrollar los agravios en forma distinta a la propuesta por la apelante.

II) PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 86 DEL CÓDIGO PENAL.

El análisis de la validez constitucional de las normas que autorizan el *aborto*

voluntario si bien es ardua y compleja, no resulta novedosa en el derecho comparado (Un completo panorama de esta cuestión, se puede consultar en la obra de Marín Gámez, José A.; "Aborto y constitución", Universidad de Jaen, Jaen 1996).

En efecto, a poco de recorrer los anales de doctrina y jurisprudencia se puede advertir que los superiores tribunales de las más diversas latitudes han debido pronunciarse en torno a una materia tan sensible como la que hoy nos convoca, esgrimiendo un crisol de argumentos en uno y otro sentido que permiten avizorar a cualquier operador jurídico que se interna en un sendero de difícil tránsito, en el que -a medida que avanza- las malezas de las incertidumbre van tornado oscura e incierta su salida (Acerca de la cuestión en España se puede consultar Fosar Benlloch, Enrique; "La interrupción voluntaria del embarazo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 en relación al Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Examen de las decisiones de la Comisión Europea", Actualidad Civil, número 23, 1987, pp. 1409 y ss.; acerca de lo

acontecido en Italia ver Botta, Rafaelle; *"El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico italiano"*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VIII, 1992, pp. 266; en torno a la situación en Francia se puede consultar la obra colectiva *"Interrupción voluntaria del embarazo y responsabilidad penal objetiva"*, "II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal", Avila, Alcalá de Henares, 1981, pp. 67 y ss.; un exhaustivo análisis de lo sucedido en Alemania ha sido efectuado por Huerta Tocildo, Susana; *"Criterios para la reforma del delito de aborto"*, en la obra colectiva *"La despenalización del aborto"*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pp. 25 y ss.; la evolución de lo acontecido en Estados Unidos se puede ver en Motilla, Agustín; *"La legalización del aborto en el Derecho Comparado"*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VIII, 1992, pp. 138 y ss.; entre otros).

Como no podía ser de otro modo, en nuestro país la cuestión ha sido objeto de meditados análisis por parte de una legión de notables constitucionalistas, que han abordado la temática

desde diferentes aristas (Gelli, María A.; *"El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones"*, La Ley 1996-A, pp. 1455 y ss.; Barra, Rodolfo, *"La protección constitucional del derecho a la vida"*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, pp. 62 y ss., Sagües, Néstor; *"Elementos de Derecho Constitucional"*, Astrea, Bs. As., 1997, T. II, pp. 264 y ss.; Solari, Néstor - Baigorria, Claudia; *"El derecho a la vida en la Constitución Nacional"*, La Ley 1994-E, pp. 1167 y ss.; una prolija reseña acerca de la opinión de destacados constitucionalistas ha sido efectuada por Gil Domínguez, Andrés; *"Aborto voluntario, vida humana y constitución"*, Ediar, Bs. As., 2000, pp. 263 y ss.).

Sin detenerme a analizar la encendida y conocida polémica suscitada en torno a la jerarquía de los tratados internacionales, la supremacía del texto constitucional y la composición del bloque de constitucionalidad luego de la reforma operada en el año 1994, considero que -cuando menos someramente- se debería evaluar la posible colisión de la norma que autoriza el *aborto voluntario* con los tratados internacionales previstos en el inciso 22

del artículo 75 de la Constitución Nacional (sobre el tópicico mencionado se puede consultar Barroso, Fernando L.; *"La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos"*, E.D. 163-922; Jiménez, Eduardo P.; *"Los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos"* E.D. 163-900; entre otros).

De los instrumentos internacionales citados se puede extraer que tutelan directamente -aunque con diferente extensión- el derecho a la vida el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El sentido y alcance del artículo 1ro. de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 4to. de la Convención Americana de Derechos Humanos fueron

prolijamente delimitados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa "*Baby Boy*".

En lo atinente al artículo 1ro. de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -tal como lo relata Andrés Gil Domínguez- debe recordarse que la redacción originaria del proyectado artículo 1ro. del mencionado instrumento fue modificada y reformulada por el comité jurídico interamericano, habida cuenta que "...era incompatible con las leyes que regían la pena capital y el aborto, en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto - el derecho a la vida desde la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque esos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto, si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre, b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro..." y -por tal motivo- "... el artículo I de la Declaración no incorporó la noción de que el derecho a la vida

existe desde el momento de la concepción ..." (Gil Domínguez, Andrés; *"Aborto voluntario, vida humana y constitución"*, Ediar, Bs. As., 2000, pp. 164 y ss.).

Con ello quiero significar que en la redacción final de la norma se intentó compatibilizar la tutela supranacional del derecho a la vida con lo que ya establecían los Códigos Penales -incluido el nuestro- latinoamericanos en materia de aborto, lo que conduce a concluir que en modo alguno existe una colisión entre lo establecido por los dos incisos del artículo 86 del Código Penal con el artículo 1ro. de Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En lo que concierne al artículo 4 de la Convención Americana, debe señalarse que una vez analizados los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición final del derecho a la vida y en la que finalmente se estableció que *"... este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde la concepción..."*, tampoco se advierte colisión alguna.

Como lo ha señalado Barra, *"...La Convención de Costa Rica establece para los Estados*

partes la interdicción de la desprotección legal arbitraria del derecho al respeto de la vida del por nacer, Lo arbitrario es lo no fundado en una razón admisible para el derecho. En consecuencia no sería conforme a la Convención -y por tanto, a nuestra Constitución- una ley que no sancionase penalmente el aborto llevado a cabo por la mera decisión de la madre, o por razones de mera conveniencia, situación económica, "plan de vida", etcétera. En el sistema de la Convención, que protege tan fuertemente la vida, lo arbitrario es todo aquello que no se encuentre fundado en una causa grave y excepcional -como ocurre para la admisión de la pena de muerte:"por los delitos más graves"- sujeta al margen e apreación del legislado, aunque sometida a esta clara intención constitucional. Pueden ser consideradas causales graves y excepcionales de no imputabilidad las generales del artículo 34 del Código Penal, o las particulares, para el aborto, del artículo 86"(Barra, Rodolfo C.; "La protección constitucional del derecho a la vida", Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pp. 61 y ss.).

Desde esa perspectiva, afirma Andrés Gil Domínguez que *"...en principio, la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminalización del aborto consentido, en consideración a otros derechos que el pacto de San José de Costa Rica contempla y que son atinentes a la mujer ..."* (Gil Domínguez, Andrés; *"Aborto voluntario, vida humana y constitución"*, Ediar, Bs. As., 2000, pp. 164 y ss.).

En cuanto a la Convención sobre Los Derechos del Niño, debe apuntarse que tiene suma gravitación sobre la cuestión la *declaración interpretativa* efectuada por el Estado Nacional al tiempo de ratificarla, habida cuenta que la misma *"... no puede ser admitida como reserva, pero sí como una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades. Esto no significa que el Estado argentino esté obligado internacionalmente, a penalizar el aborto voluntario en todo momento y circunstancias, o bien, que no pueda optar por una vía de protección alternativa al derecho*

penal..." (Gil Domínguez, Andrés; "Aborto voluntario, vida humana y constitución", Ediar, Bs. As., 2000, pp. 169 y ss.).

Respecto a la aparente contradicción habida con el resto de los instrumentos internacionales y con la propia Constitución Nacional, no cabe más que concluir que "*... se puede decir que la vida humana en formación esta protegida constitucionalmente y también se puede decir que es constitucional un sistema que despenalice el aborto, porque atiende a otro tipo de valores existentes en la sociedad como, por ejemplo, que la realidad sociológica demuestra que los efectos de la penalización del aborto llevan a la destrucción de vida de mujeres...*" (opinión de la Dra. Aida R. Kemelmajer de Carlucci, reproducida por Gil Domínguez, Andrés; "Aborto voluntario, vida humana y constitución", Ediar, Bs. As., 2000, pp. 263).

En consecuencia no hay colisión del artículo 86 del Código Penal con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

III) CUARTO AGRAVIO. ENCUADRAMIENTO DEL CASO EN LA CAUSAL PREVISTA POR EL ART. 86 INC. 1

DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 86 segunda parte del Código Penal señala: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida en la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Entonces en situaciones donde la mujer ha ejercido la elección sexual y se realiza un aborto se encuentra reprimido en el art. 85 del Código Penal.

La cuestión se centra en que la menor ha sido violada por el compañero de su mamá, y esta violación ha producido un embarazo.

A los fines de oír a la menor en cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño y 50 de la ley 10.067 e informada del motivo de la audiencia, sobre lo que

desea hacer, responde "sacarse eso". (ver fs. 305)

También se ha realizado una audiencia con la madre de la menor, psicólogas intervinientes en autos y los representantes del ministerio público dejándose constancia a fs. 303/304.

Cabe preguntarse entonces si la cuestión de autos encuadra dentro del art. 86 del Código Penal.

Tal como surge de las pruebas producidas en autos, de las audiencias tomadas ante la Sra. Juez de Primera Instancia, del dictamen de la psicóloga del Tribunal Licenciada Malbran, y el dictamen del Comité de Bioética del Hospital de la Comunidad se concluye de los informes obtenidos que es una paciente en riesgo psíquico, con una fragilidad estructural agravada por el trauma, la no respuesta a su deseo y la imposición que acepte un embarazo que rechaza, puede inferirse también riesgo al acting, buscando una solución que ella no siente se le ofrece en el ámbito que solicita. Concluye que la menor puede llegar a una patología psiquiátrica severa e irreversible.

Dada la gravedad de la situación

traumática, y el pronóstico que señala el dictamen es decir una patología psiquiátrica severa e irreversible, es evidente que se configura un grave riesgo a la salud de la menor.

Cuando se habla de salud en el art. 86 inc. 1º abarca tanto la salud física como psíquica, es decir, es el derecho a la salud integral.

En un trabajo de la licenciada Eva Giberti refiriéndose a la encefalía y daño psíquico en la madre, se dice: "Psicológicamente evaluado, se asocia con la idea de trauma que implica herida, lesión, amenaza, intrusión o destrucción psicofísica con alteración de la funcionalidad del sujeto y arriesga la alteración de sus procesos psíquicos al constituirse en memoria traumática. El daño resulta del desborde de los mecanismos de defensa que están preparados para defender al sujeto de los estímulos exteriores e intentos cuya violencia resulte inabarcable para el psiquismo. **El trauma puede depender de un hecho sorpresivo o instalarse de modo consuetudinario, insidiosamente; con el transcurrir de la historia del sujeto se convertirá en un daño de**

diverso calibre. Su efecto puede ser desbastador, pasajero, crónico o coyuntural y admite diversos matices. Su eficacia depende de la capacidad y los mecanismos de defensa, de la vulnerabilidad del sujeto y en oportunidades de su estado de desvalimiento. La consecuencia traumática del impacto padecido, se considera daño psíquico y afecta a la estructura total de la persona, con efectos de diversa índole en el soma y en la organización del psiquismo y de la vida social, (Revista de Derecho de Familia: "Bioética y Derecho de Familia" Nro. 21, pág. 46).

Es indudable que de los elementos aportados a la causa surge claro que se encuadra la cuestión de autos en el art. 86 inc. 1° del Código Penal.

Es lo que la doctrina y jurisprudencia denomina "aborto terapéutico".

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación: " El resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho a la salud de la madre fue consagrado por el legislador en el artículo 86, segundo párrafo,

inc. 1º del Código Penal, con la permisión del llamado "aborto terapéutico", que establece una causa de justificación y no de mera disculpa (disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi). Corresponde distinguir, por un lado, el daño a la salud psíquica y, por otro, el sufrimiento, ya que el primero podría -siguiendo los criterios y recomendaciones del Comité de Bioética de Unesco y de la Organización Mundial de la Salud- en determinadas circunstancias comprobadas ser equiparado al riesgo para la salud física a los fines de decidir sobre la procedencia de un aborto terapéutico mientras que el sufrimiento no, ya que ninguna persona está exenta de él mientras viva; está en la raíz de la condición humana y a veces los jueces pueden atemperarlo y hasta eliminarlo, pero al hacerlo deben sopesar otros derechos y otros intereses (disidencia del Dr. Julio Nazareno). (CSJN, c. 421.XXXVI, 11-1-2001, "T", S. c. GCBA" Fallos: 324-5; LL2001-E-264; LL2001-A-189;LL2001-B-185;DJ 2001-1-523; DJ 2001-3-374;ED 191-429;JA 2001-II-357;Rev. Uni.2001 Nr. 1, pág. 11 (citado por Edgardo Alberto Donna, "El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia" T II, pág.290 y sgtes).-

A ello cabe agregar no solo que la menor ha sido víctima del delito contra la integridad sexual (art. 119 del Código Penal) sino que como surge de la prueba producida en autos, la joven sigue siendo víctima tanto en el ámbito del hospital público, como en el servicio de justicia, ya que no tiene respuesta a su situación.

Se observa en las distintas declaraciones la negativa de la menor a presentarse a las audiencias.

Así ha concurrido a las Asesorías, Defensorias, Tribunal de Menores siendo preguntada sobre las circunstancias que le toco vivir.

Esto es lo que se denomina revictimización institucional.

Este tipo de actitudes invasivas e intrusivas, trae aparejado el incremento de las vivencias traumáticas por procederes reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala. (Norma Griselda Miotto, "Abuso sexual de menores. Complejidad diagnóstica", IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid 2001)

Se debió tomar una audiencia con el

sistema de cámara Gesell, donde se procediera a realizar los videos correspondientes para evitar en cada encuentro describir la situación por la que ha pasado y pasa, como lo ha resuelto esta Sala en su anterior composición. (Esta Sala, en la causa "H.S.E s/ protección de persona s/ recurso de queja" del 12 de octubre de 2004, causa nº 130.672)

Las especiales características del caso imponen que se asegure la tutela judicial efectiva a los efectos de no agravar, aún más, la psiquis de la menor. (art. 15 de la Constitución Provincial)

Se encuentra probado, tal como se dijo más arriba, que la situación planteada se encuadra en el artículo 86 inciso 1º ya que existe una grave peligro para la vida o la salud de la madre. (Rubén E. Figari, "Aborto terapéutico (y un fallo paradigmático)", La Ley Buenos Aires, Diciembre de 2005, págs. 1329/1343)

También la cuestión se encuadra en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal.

Con respecto al artículo 86 inciso segundo , es una de las cláusulas "que provocaron

mayores dificultades en la interpretación de la ley argentina"

Es cierto que la actual vigencia del texto original, recrea la discusión histórica en torno a la existencia o inexistencia, entre los abortos que la ley considera "no punibles", del llamado "aborto sentimental" o sea aquel que suspende la gestación originada en una violación.

La postura amplia entiende que el inciso declara no punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas en el Código Penal.

La postura restringida interpreta que se refiere sólo a la violación de mujer idiota o demente.

Por tanto resulta fundamental, a los efectos del análisis de la presente caso, enrolarnos en una u otra postura.

Desde ya adelanto que me enroló en la postura amplia, motivo por el cual considero que no son punibles los abortos cuando el embarazo proviene:

a) de una violación , **b)** de un atentado al pudor a una mujer idiota o demente; o bien, **c)** si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

El origen de la norma (art. 86 CP) surge en la Exposición de motivos en que el legislador tomo la norma del código suizo, siendo la primigenia redacción una transcripción casi literal del mismo (art. 86 inc. 2º Proyecto original del Código Argentino) Si el embarazo proviene de una violencia, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto.

Ello, no obstante haberse aprobado finalmente por el congreso, la norma con una sutil diferencia en la redacción, tal la norma vigente; y que es la que ha traído tanto debate.

Mas allá de las distintas doctrinas, amplia o restringida, comparto la postura sostenida por el Dr. Andrés Gil Domínguez cuando señala que: "...en lo que respecta al inciso 2) debemos partir de la versión francesa del proyecto suizo que la

comisión del Senado toma como modelo. En este sentido, el derecho alemán, cuya terminología sigue el proyecto suizo establece nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de la mujer idiota. Si identificamos la expresión "atentado al pudor" con abuso deshonesto, estaríamos frente a un gran contrasentido que rozaría el absurdo: suponer la existencia de un embarazo por un acto que excluye el acceso carnal. Por estos motivos es preciso afirmar que, en este caso, la ley ha llamado atentado al pudor a la violación prevista en el inciso 2 del artículo 119, y que en consecuencia, la impunidad sancionada en el artículo 86, alcanza a todo tipo de violación, y no solo al de la mujer idiota o demente". Por lo tanto, según la norma legal citada no es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas por la ley en el artículo 119 del código penal...". (Andrés Gil Domínguez, "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Ed. EDIAR, pág. 137)

En el mismo sentido ha dicho la Procuradora General María del Carmen Falbo en la

causa "R.L.M y N.N s/ persona por nacer", causa 98.830, en que dijo "tengo que dar acogida favorable a la interpretación incoada por gran parte de la doctrina entre otros Soler, Donna, De la Fuente, Abraaldes, que entiende que el delito de aborto tipificado en el artículo 86 segunda parte, no pune los delitos de aborto que se pretende interrumpir, son consecuencia de un ataque contra la integridad sexual a la mujer y no producto del libre accionar. (Publicado en diario judicial del 19 de febrero de 2007 y dictamen completo de la causa 98.830, en página de la S.C.B.A; enlaces; Ministerio Público; Francisco Javier Barbarán y Miguel Jorge Haslop, "Sobre la naturaleza del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal de la Nación y el último fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires", La Ley Buenos Aires, Octubre de 2006; S.C.B.A, 2006/07/31; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en causa "C.S.M y otros v. sin demandado p/ acción de amparo s/ per saltum", del 22 de agosto de 2006)).

Por estos fundamentos se rechaza el agravio traído a esta instancia.-

IV)CONCESION JUDICIAL PARA ABORTAR

El art. 86 del Código Penal no exige autorización judicial alguna, y diré ambos supuestos de excusas absolutorias del delito de aborto exigen el criterio del médico, que es el profesional que posee los conocimientos necesarios para resolver si se dan los recaudos que hacen a la conducta tipificada, no punible. A lo anterior, se exige el consentimiento de la mujer en el primer inciso y de la representante legal, en el segundo. En este último se requiere, además, el hecho de la violación y -según un sector de la doctrina penal- que la mujer sea idiota o demente. Otros juristas incluyen en la figura a cualquier mujer que haya sido víctima de la violación.

En el caso de autos ha habido una negativa del HIEMI, por lo que se hace necesario otorgar la autorización.

Este es uno de los casos que nunca debió llegar a la justicia porque la cuestión se encuadra en el art. 86 segundo párrafo incisos 1 y 2 del Código Penal.

Aquí hay una responsabilidad de los médicos y deben asumir que el ejercicio de la

medicina es una actividad de riesgo y que no requiere ninguna autorización para realizar la práctica médica. No se debe solicitar permiso para algo sobre lo cual se tiene autonomía. Si el facultativo duda, podrá requerir al Comité de Ética del nosocomio o institución donde actúe un dictamen y adecuar su conducta a él valiéndose de ese instrumento como protección legal. Para aquellos casos en los que el médico no está de acuerdo con lo dictaminado por una "objeción de conciencia" sencillamente deberá apartarse del caso- la Corte Suprema de la Nación así lo entendió.(T. 316, vol. 1, febrero-mayo, Fallos de C.S.J.N., publicación a cargo de la ...de jurisprudencia del tribunal, citado por María Valeria Massaglia. "Aborto Embarazos Incompatibles con la vida; ¿Delito, mala praxis o cumplimiento del deber profesional?", Ed. Lajouane, Capítulo VIII, pág. 94; SCBA del 31/7/2006 voto de la mayoría, concretamente voto del Dr. Roncoroni; CNCI A, Capital Federal, en causa "B. de S.,H. C. Y S. C. A s/ autorización", del 9 de octubre de 1996; Marín Jorge L, Derecho penal, parte especial, Tomo I, pág. 77).

Por los fundamentos expuestos se

rechaza el agravio en tratamiento.

V) DERECHO A LA VIDA. JERARQUIA CONSTITUCIONAL. RELATIVIDAD DEL DERECHO A LA VIDA. EL DERECHO A NACER COMO DERIVADO DEL DERECHO A LA VIDA. STATUS JURÍDICO DE LA PERSONA POR NACER. INVOCACIÓN DE LA AUTONOMÍA Y DIGNIDAD DE LA MADRE. OLVIDO DE LA CONSIDERACION DE PERSONA PRODUCTO DE LA GESTION.

Todos los derechos fundamentales que prevee la constitución en forma expresa o implícita tienen idéntica jerarquía. Pero también no son derechos absolutos y cuando existe una colisión de derechos se aplica el principio de proporcionalidad. (art. 28 de la Constitución Nacional)

Aquí entran en juego varios derechos que colisionan entre sí, el derecho a la vida de la persona por nacer, la salud de la madre, pero también entra en juego la libertad sexual y el derecho a la dignidad y a la integridad personal que consagra no solamente la Convención sobre Derechos del Niño y los Tratados Internacionales (art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, art. 19 de la Convención sobre los derechos del niño), sino también la ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", artículos 1, 2, 3, 8, 9 y 24 entre otros.

Precisamente el artículo 9 de la ley 26.061 señala: Derecho a la dignidad y a la integridad personal. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin, en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, psíquica y moral.

Sentado lo anterior debo decir que tiene reconocimiento constitucional la vida humana, comenzando con concepción tal como lo señalan los artículos 63 y 64 del Código Civil, el artículos 19, 33, 75 inciso 22 y 75 inciso 23 de la Constitución

Nacional., el artículo 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 6 punto 1 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 4 punto 1 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También comparto con lo expresado por la apelante en el sentido que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y por lo tanto tiene el status jurídico de persona. (arts 63, 64 y 70 del Código Civil)

Respecto de la colisión, entre la vida humana en formación y la libertad sexual de la mujer, comparto lo sostenido por Andrés Gil Domínguez cuando sostiene que: "...si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación...". (Andrés Gil Domínguez, "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Ed. EDIAR, pág. 138)

Coincido con lo dicho por el Dr. Roncoroni en la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. el 27 de junio del 2005 en autos "C.P.d. P.A.K sobre autorización" en cuanto sostuvo que : **"de lo que estamos tratando aquí es de la necesidad de una persona de recurrir a médicos diplomados para que eviten un peligro para su vida o su salud. Esto no niega el valor de la vida, ni siquiera ingresa en el debate sobre el momento en que ella comienza"**.

Agrego que habiendo encuadrado también la cuestión en el artículo 86 inciso 2 el aborto no es punible y esta también es una decisión que queda en manos de los médicos.

VI) NEGATIVA A DESIGNACIÓN DEL TUTOR AD LITEM.

Me remito a lo expuesto por el Dr. Roberto J. Loustaunau en su voto.

VII) CONCLUSIÓN.

Para concluir diré que nos encontramos frente a una niña de 14 años que ha sido víctima de un delito contra su integridad sexual, no ha tenido la libertad de elegir.

La cuestión traída encuadra dentro de las previsiones del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal.

Quiero ser clara, no se esta autorizando el aborto voluntario, sino el aborto expresamente autorizado por la ley.

Considerar que el aborto no punible no pueda ser llevado a cabo implicaría que otras jóvenes en la misma situación no denuncien el delito y concurren a lugares clandestinos al efecto de concretar el aborto, situación esta, generadora de innumerables riesgos para la salud de las madres.

Por ello, encuentro que el aborto que legisla el artículo 86 del Código Penal protege la vida, la salud y los derechos de la niña víctima. Esto integra también los derechos humanos.

Por todo lo expuesto **voto por la afirmativa.**

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

Corresponde rechazar el recurso de apelación confirmando íntegramente la sentencia de

fs. 139/149 dictada por la Sra. Juez de Menores. Sin costas (art.68-2 del CPC.).

Así lo voto

A la segunda cuestión los Sres. Jueces Dr. Ricardo D. Monterisi y Dra. Nélida I. Zampini votaron en igual sentido.

En consecuencia, y por lo dispuesto en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN; 8 y 25 CADH; 12 CDN; 15 CPBA; 49, 50, 53, 54 y cc. de la ley 10.067; 163, 164, 266, 267, -arg. arts. 384, 474- y cc. del CPC., se dicta la siguiente:

S E N T E N C I A

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** se rechaza el recurso de apelación, confirmándose íntegramente la sentencia obrante a fs. 139/149 (arts. 163, 164, 266 y 267 del CPC.). **II)** Se dispone comunicar la presente sentencia al Sr. Juez de Garantías que entiende en la IPP n° 223.473 a los fines de que disponga las medidas necesarias para la conservación de las pruebas y las notificaciones que estime pertinentes, a cuyo fin líbrese el respectivo oficio. **III)** Sin costas (art. 68 párrafo segundo

del CPC). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC), habilitándose a tal fin días y horas inhábiles (art. 153 del CPC.). Devuélvase.

REGISTRESE.-

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi

Nélida I. Zampini

ANTE MI:

Maximiliano Colángelo
Secretario