

Procuración de la Provincia de Buenos Aires

Aborto en caso de violación

La Plata, 28 de julio de 2006

Suprema Corte de Justicia:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de La Plata dictó sentencia rechazando la apelación deducida por la Sra. Asesora de Menores en representación de la joven L M R y dispuso que la Sra. Juez de Menores extreme el control de la causante –en compañía de su progenitora- como medida cautelar y en relación al monitoreo de la evolución del embarazo, supervisando de manera constante y directa el cumplimiento más eficiente y adecuado de la protección de la salud física y psíquica sea de la menor como del niño por nacer a través de la Subsecretaría de Minoridad (fs. 106/122).

Contra dicho pronunciamiento la Sra. Asesora de Menores invocando su carácter de representante promiscua de L M R deduce recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 130/139).

I. a. En apoyo del primero y con cita del art. 168 de la Constitución de la Provincia sostiene la recurrente que el fallo de la Alzada omitió el tratamiento de una cuestión esencial sometida a su decisión, cual es la relativa a la vigencia de la autorización legal establecida en el art. 86 inc. 2° del Código Penal que regula el aborto de mujer idiota o demente víctima de violación o atentado al pudor que sólo requiere el consentimiento de su representante legal, y consecuentemente la existencia en la órbita de la libertad de su representada de ejercitar dicha facultad jurídica de interrumpir el embarazo habida cuenta reunir las condiciones previstas en la norma penal.

Agrega que tal omisión no logra superarse con la insistente invocación de normativa legal y supralegal referida al derecho a la vida en general desde el momento de su concepción, porque conforme lo ha señalado la Corte Suprema de la Nación no es posible dejar de aplicar el art. 86 del Código Penal si no se la reputa inconstitucional.(Fallos 257:295, 262:45 e/o).

I.b Respecto del recurso de inaplicabilidad de ley la quejosa esgrime la violación del art. 86 inc. 2° del Código Penal y de la doctrina legal de V.E. emanada en causa Ac. 95.465 “ C.P.de P.A.K s/ Autorización”.

Arguye –en síntesis- que la infracción legal denunciada se produce por cuanto la Cámara ha creado una exigencia que la ley no requiere: la autorización judicial para proceder al aborto legal, lo que provoca la intromisión en el ámbito de la libertad de su representada.

Considera que la Alzada desinterpretó la cuestión y las constancias de autos ya que resulta evidente que ninguna autorización fue requerida ante autoridad judicial alguna. ello sin perjuicio de destacar que conforme la formulación del

citado 86 inc. 2° Código Penal cualquier solicitud hubiera resultado indiferente dado que la norma no exige ninguna venia judicial si no sólo la reunión de los recaudos previstos: violación de discapacitada o enferma mental y consentimiento del representante legal. En sustento de su agravio efectúa relación de hechos con remisión a las piezas obrantes..

En punto a la violación de la doctrina legal que cita entiende - contrariamente a lo sostenido en el fallo en crisis,- que resulta de aplicación tanto para el inc.1° cuanto el inc.2° del art. 86 del Código Penal que han sido idénticamente valorados por el legislador como supuestos en que se despenaliza el aborto, tornándola una conducta permitida y lícita.

Consecuentemente requiere la aplicación extensiva de la jurisprudencia de V.E. eliminándose cualquier interferencia en la realización de la práctica médica destinada a interrumpir el embarazo de su representada. Efectúa reserva del caso federal.

II. Opino que asiste razón a la recurrente

En efecto, más allá de poder analizarse la omisión de cuestión esencial que se denuncia y eventualmente concluirse que quedó implícitamente resuelta o desplazada por la solución, entiendo que la envergadura del tema sometido a decisión de la Alzada imponía profundizar los argumentos que sustentaban su pronunciamiento.(conf. P 68161 S 9 -6-2004 e/o).

Es evidente que estamos en presencia de un conflicto de derechos o intereses de la más alta jerarquía. Aquí están en juego bienes tan preciados a la condición humana como lo son la vida, la integridad psicofísica y la libertad. Consecuentemente entiendo que no ha resultado a la Sra. Juez de Instancia, ni a la Excma. Cámara, ni lo es para este Ministerio Público custodio del “resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales” –art. 1° Ley 12.061- tarea sencilla pronunciarse. Pero lo cierto es que corresponde abordar y valorar –con la urgencia del caso- la existencia de preeminencia de uno sobre otro a luz del principio de legalidad.

Dicho esto, paso a explicitar las razones de hecho y derecho que fundamentan mi dictamen.

II.A) A pesar de que el derecho penal, por expreso mandato constitucional, interviene una vez cometida la conducta ilícita, en el caso traído a estudio algunos de los actores del proceso, parecen diferir con esta postura en tanto impulsan la formación de una causa de naturaleza penal a los efectos de evitar la probable interrupción del embarazo mudando luego hacia un trámite de diferente naturaleza.

Digo esto en función de las constancias obrantes en el expediente y que hoy se someten a consideración: a fs. 37 y vta. la agente fiscal interviniente en la IPP 06-00307639-06, en la que se investiga el abuso sexual del que fuera víctima la menor L M R, quien por otra parte padece una disminución de sus facultades mentales (fs. 12/15. 21/4. 49. 57/8 v 145?). resolvió extraer fotocopias de la IPP

y remitirlas a el Juzgado de Menores N°5, a la UFI y al Juzgado de Garantías en turno. Esta decisión tiene como origen la toma de conocimiento por parte de la agente fiscal de la decisión de la progenitora de la menor víctima de interrumpir el embarazo de su hija, circunstancia que fue comunicada por funcionarios del centro de asistencia a la víctima, dependientes de la Fiscalía General, que intervenían en el marco de la IPP citada (ver fs. 34 y 35). Sin duda, entonces, los hechos que generaron la formación de causa y la intervención del fuero minoril, no son otros que la de prevenir la probable comisión de un hecho que la fiscal entendió como delictivo aún cuando podría presuponerse, en función de la edad de la víctima, que la intervención del órgano especializado era a los fines de protección, toda vez que conforme a la edad (19 años) otra materia hubiese estado excluida. La contemporaneidad de la derivación con el anoticiamiento de las intenciones que nos ocupan, agregan sin duda confusión al motivo de la intervención. Obsérvese que no se comunicó al Tribunal de Menores cuando la fiscalía fue anoticiada de un hecho delictivo de la que fuera víctima una persona menor de edad, y sin embargo se decide la misma cuando se toma conocimiento que la representante legal, a la luz de la información brindada por funcionarios judiciales y profesionales de hospitales públicos, había decidido interrumpir el embarazo de su hija débil mental.

Decíamos que se produce luego una mutación en la causa. En este sentido a fs. 53 y con fecha 7 de julio, la Sra. Jueza de menores, dispone la recarautulación, incorporando la protección de la persona por nacer. Nunca se caratuló o se le dio el trámite de una autorización (que por otro lado hubiese provocado la intervención del fuero de familia (conf. Art. 827 inc. t del CPC; Ac 93460 del 9-11-2004), sin embargo se decide como tal (ver punto primero del resolutorio de fs. 64 y punto III de los considerandos del pronunciamiento de la Alzada (fs. 107).

III. La cuestión traída a estudio por la recurrente gira en torno a dos temas. Por un lado, y a pesar de no haberse pronunciado formalmente, se encuentra cuestionada la constitucionalidad del artículo 86 2º párrafo del Código Penal que deja impunes los abortos practicados por un médico diplomado, cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

Por otro lado, el segundo tema a dilucidar es la inexigibilidad de venía judicial para llevarse a cabo el aborto por cuanto la propia norma no la requiere y torna lisa y llanamente lícita la conducta.

No obstante lo dicho, en el análisis que me propongo llevar a cabo, no me circunscribiré únicamente al supuesto de la interrupción del embarazo de la mujer idiota o demente víctima de un delito sexual. Creo oportuno expresar mi opinión respecto al alcance que debe darse a la norma penal, debido a que muchas veces y a pesar de los esfuerzos por imprimir celeridad al trámite, la justicia llega tarde. El tiempo, en este tipo de casos, tiene una especial incidencia que a nadie beneficia, y los operadores de derechos estamos llamados a despejar dudas interpretativas que generan desconcierto no solo en los justiciables sino en los profesionales de la ciencia médica. que en estos

supuestos cumplen un rol determinante y que de una u otra manera terminan directamente vinculados a situaciones de las que no fueron artífices.

III.a. En relación a la constitucionalidad del artículo 86, inciso 2 del Código Penal

III.a.1 Protección del derecho a la vida. Marco normativo

Teniendo en cuenta que el bien jurídico contemplado por el art. 86 del Código de Fondo, protege el derecho a la vida de la persona por nacer, resulta necesario rever las normas recogidas en nuestro derecho positivo como en los diversos instrumentos internacionales que protegen la vida del *nasciturus*.

En este sentido, luego de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron a dicho cuerpo normativo, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Entre ellos podemos mencionar:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo I protege el derecho a la vida, libertad y seguridad; mientras que en el V, estima que toda persona tiene derecho a la protección de la ley con todos los ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar y finalmente en su artículo XI protege el derecho a la preservación de la salud y bienestar.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus diferentes normas protege el derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo la obligación de los Estados partes de crear condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (arts. 12.1 y 12.2 ap "d").

- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, prohibiendo la posibilidad de privar a otro ser humano de su vida arbitrariamente (art. 6). Asimismo, prohíbe las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. (art. 7) y declina la posibilidad de que alguien sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, honra y reputación (art. 17).

- La Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su art 4.1 el derecho a la vida a partir del momento de su concepción, prohibiéndose la posibilidad de privar arbitrariamente de la vida a cualquier persona, mientras que el artículo 5.1 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Finalmente, también se prohíbe las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Además de las normas citadas, existen otras disposiciones que protegen el derecho a la vida. Por un lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, desde el momento de la concepción (art. 4.1). Por otro lado, la Convención del Derecho del Niño, en su preámbulo citando la declaración de los derecho del Niño señala que el niño por su falta de madurez física y mental. necesita de

protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento y en su artículo 6.1 se establece que los Estados partes reconocen que todo niño tiene un derecho intrínseco a la vida.

Por otra parte, el derecho a la vida a pesar de no estar expresamente contemplado en la Constitución Nacional, se lo infiere de los derechos implícitos del artículo 33, mientras que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de forma expresa prevé que “Todas las personas de la provincia gozan, entre otros, de los siguientes derecho: 1) A la vida, desde la concepción a la muerte natural..” y en el artículo 36 dice: “La provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: 2) Niñez: Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos..”

Asimismo, el derecho a la vida de las personas por nacer también se encuentra protegido por el derecho civil como por el derecho penal.

En este sentido, el Código Civil dispone que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art. 70) y por ende, “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno” (art. 63). No obstante, establece que “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido” (art. 74). “Esto implica, según Llambías, que la personalidad de las personas por nacer no es perfecta sino imperfecta, en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento con vida” (Jorge Llambías, citado por Edgardo Donna y Roxana Piña, “El aborto”, Revista de Derecho Penal, Edición Mexicana, n° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004 p. 149).

Mientras el Código Penal prevé una pena de tres a diez años o de uno a cuatro años de prisión, a quién causare aborto, sin consentimiento de la mujer o con su anuencia, respectivamente.

III.a. 2 Estructura del artículo 86 del Código Penal

Dado este plexo normativo y previo a pronunciarme respecto de la interpretación y alcance que debe darse al artículo 86, inciso 2º del CP, corresponde analizar su estructura.

En este sentido, dicho artículo prevé que “...*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: ...2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o dem ente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*”

La mayor parte de la doctrina concuerda en que dentro del texto transcrito se incluyen dos modalidades de aborto, por un lado el eugenésico y por el otro el aborto sentimental. Para sostener esta posición, Soler afirmó que es sorprendente que la ley hable primero de violación y después de atentado al pudor de la mujer idiota. preguntándose en ese sentido. en que consistía el

atentado al pudor. Concluyó que se refería al acceso carnal.

El autor interpretó que lo que la ley ha querido decir, cuando afirma “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor” era “de una violación o de acceso carnal” (Soler, citado por Edgardo Donna, Derecho Penal, Parte Especial, .T. I, edit. Rubinzal –Culzoni,, 2º edición. Santa Fe 2003, p.195.)

“La base de la confusión, según Soler, surge del antecedente de la ley. La comisión del Senado había tomado el artículo de la versión francesa del proyecto suizo, que tradujo la palabra alemana *Schandung* por *attetat a la pudeur d'une femme, alienée, inconscient ou incasable de résistance*. Y éste es el sentido de la palabra *Schandung* en alemán. En cambio para la violación por la fuerza el alemán usa el término *Notzucht*. Pues bien, el equivoco, según el autor mencionado, surge por dos causas: “El hecho de que la palabra violación sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse a nuestro Código resulta equivoca con respecto a la expresión abuso deshonesto”. Con esta interpretación, no cabe duda de que se llega a la conclusión de que la ley ha previsto la posibilidad del aborto en todo tipo de casos de violación.” (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, cit por Donna, ob. Cit., p. 195/6.)

III.a.3. De los supuestos contemplados en el artículo 86 inciso 2

Ahora bien, entiendo necesario analizar someramente las dos posibilidades de aborto contenidas en el artículo 86 segunda parte. Puedo decir que el aborto eugenésico exige como condición fundamental para su configuración, una violación o atentado al pudor que haya dado lugar al embarazo de una mujer idiota o demente. Dentro de los conceptos de idiocia o demencia, se incluyen todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias, no requiriendo ser interpretados en sus significados estrictamente científicos. (Conforme, Edgardo Donna y Roxana Piña, op.cit., p. 152). Tampoco es necesaria la declaración judicial de la demencia. Tratándose de un supuesto en donde la mujer encinta se encuentra privada de razón, el requisito del consentimiento para practicar el aborto puede ser suplido por el del representante legal.

Por otro lado, el aborto sentimental requiere que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la integridad sexual de la mujer. Así, Jiménez de Asúa expresó que “los motivos sentimentales son los únicos que pueden alegarse para autorizar el aborto de mujeres encinta por causa de una violación. En caso de interrupción del embarazo para liberar a una mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, es decir, personal, no social” (Jiménez de Asúa, Luís, citado por Sandro Abralde y Javier de la Fuente, “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones, Revista de Derecho Penal, Edición Mexicana, n° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 175).

Hoy en día sabemos que estos hechos trascienden lo sentimental afectando la psiquis de la persona que lo padece, por lo cual entiendo que aquella clásica denominación se ve superada por las consecuencias detectadas en la ciencia médica que nos permiten distinguir entre daños morales. daños psíquicos v daño

s psicológicos.

En ambos supuestos el artículo 86 se contenta con que se haya iniciado una causa por violación, no siendo imprescindible que exista una condena de culpabilidad, ya que una interpretación contraria atentaría contra la posibilidad de practicar de manera célérica el aborto.

Obviamente, no escapa a este Ministerio Público el hecho de que se exija que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la integridad sexual, chocará contra problemas de índole práctico, justamente porque el hecho en virtud del cual la ley exime de pena, no estará probado al momento de la interrupción del embarazo. Sin embargo, “habrá que conformarse con la presencia de algunas circunstancias indicadoras concluyentes como la edad de la mujer, la existencia de relaciones anteriores o subsiguientes, la fertilidad en el momento del hecho etc,” (Sandro Abrales y Javier de la Fuente, op. Cit., p. 176/7).

En relación al requisito de la denuncia previa, entiendo que lo importante es resaltar que para el supuesto caso en donde la mujer realizara una denuncia falsa, con el objeto de lograr un aborto no punible, deberá responder por los delitos de aborto y por falsa denuncia.

III.a.4 Alcance y constitucionalidad del artículo 86, inciso 2 del Código Penal

Ahora bien, habiendo dejado en claro que en nuestro ordenamiento jurídico, el *naciturus* tiene derecho a la vida, corresponde explicar cual es la posición de este Ministerio Público en relación al alcance que debe darse al artículo 86, inciso 2º código penal y a su constitucionalidad.

Tengo que dar acogida favorable a la interpretación incoada por gran parte de la doctrina que entiende que el delito de aborto tipificado en el artículo 86 segunda parte, no pune los delitos de aborto en los cuales el embarazo, que se pretende interrumpir, son consecuencia de un ataque contra la integridad sexual a la mujer y no producto del libre accionar. (entre otros, Soler, Donna, De la Fuente, Abrales).

A dicha conclusión arribo luego de analizar que a raíz de las diferentes fuentes utilizadas se plasmó en el artículo una frase que no tiene asidero, toda vez que el “atentado al pudor” del que se habla no figura en otra parte del código. Es decir, que cuando el artículo habla de “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor”, debe entenderse como “de una violación o de acceso carnal” conforme explicité renglones arriba.

Reforzando dicha posición, “tampoco podría admitirse una interpretación de la disposición penal que frente a una violación permitiera dar muerte al fruto de la concepción, ante la presunción del nacimiento de una persona insana, y, a su vez, sancionar ese mismo resultado cuando se produce sobre un feto concebido por una mujer sana” (Edgardo Donna, op. Cit., p. 196).

Dicha inteligencia, implicaría violentar tanto el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional. como todos los tratados con

jerarquía internacional suscripto por la Argentina.

Por otra parte, si se entendiera que el artículo 86, inciso 2 del CP solamente prevé el aborto eugenésico, se debería aceptar, el fin histórico de dicha norma, esto es, la protección de la “pureza de la raza humana”. Sin embargo, esta inteligencia no puede sino ser rechazada in limine. Es decir, la sociedad de hoy, no es la misma que al momento de sancionarse la norma, y en consecuencia lo mismo sucede con sus valores. Por ello, y a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra constitución como por los tratados internacionales, entiendo necesario reinterpretar el artículo. Por ello, me veo inclinada a sostener que el artículo 86, inciso 2, exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual.

Esto no significa desconocer el derecho a la vida sino reconocer el valor de todos los seres humanos, con las limitaciones que su condición conlleva y con lo que el ordenamiento jurídico puede exigirle a cada ser sin destruirlo.

III.a.5 Análisis de los argumentos esgrimidos por la Excelentísima Cámara en lo Civil y Comercial de La Plata

Al resolver la Excelentísima Cámara en lo Civil y Comercial de esta ciudad, entre sus argumentos y luego de enumerar los Pactos internacionales aplicables al caso sostuvo que *“La reseña precedentemente efectuada –léase, la de los tratados- autoriza a sostener que la protección constitucional de la vida de cualquier ser humano se extiende desde el momento de la concepción a través de todas las etapas que el mismo transita a lo largo de su existencia”* y que el *“Naciturus representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir a su auxilio en situaciones de desamparo, durante todos los tramos del embarazo”*. Finalmente, concluyó que *“con sustento en el informe médico obrante a fs. 49 se advierte que en el caso de autos, no se evidencian elementos de valoración que permitan inferir la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor, L M R, y que hagan necesaria la producción de medidas probatorias complementarias”*.

Asistiendo razón a la recurrente, me permito discrepar con el análisis llevado a cabo por dicho Tribunal, porque y a pesar de compartir el hecho de que nuestro país, a través de las normas reseñadas párrafos arriba, protege la vida del *naciturus* desde el momento de la concepción, olvida merituar dos cuestiones. Por un lado, y tal como sucede con todos los derechos reconocidos por nuestra Constitución, ninguno de ellos posee carácter absoluto, y por otro lado, los “riesgos actuales o futuros” a los que hace referencia, no se encuentran debidamente analizados.

En este sentido, entiendo que ningún derecho tiene un carácter absoluto y ejemplo de ello es que, la protección del derecho a la vida, es enteramente compatible con la regulación de la legítima defensa, como causa de justificación que permite, cuando se den los requisitos exigidos por la ley, la muerte del agresor (Cerezo Mir. citado por Sandro Abrales v .Javier de la Fuente. ob. Cit..

p. 182).

Es decir, que a pesar de todas las cuestiones éticas o morales que pueden suscitarse en torno a un delito tan sensible como lo es el de aborto, lo cierto es que la vida humana no se protege penalmente en cualquier circunstancia, sino que el grado de protección penal depende de decisiones de política criminal.

Evidentemente, el legislador, al momento de decidir en el artículo 86, inciso 2 del CP, la no punibilidad de los médicos y su equipo, así también la de la madre, meritó no solo los derechos del concebido sino también los derechos de la progenitora víctima de un delito contra su integridad sexual, a no ser revictimizada y su derecho a la salud.

Téngase en cuenta que ésta última fue definida por la Organización Mundial de la Salud (resolución de fecha 22 de julio de 1946) como “un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, que no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica”. Hoy por hoy, la comunidad de las naciones, que nuestro estado integra, brinda especial protección al derecho a la salud. Partiendo de aquel concepto es imposible afirmar que estaríamos dando efectividad a la garantía constitucional de protección a la salud, si desconociésemos la afectación de la integridad psíquica de la mujer que ha quedado embarazada a raíz de un hecho delictivo del que fue víctima.

No puede pasarse por alto que el artículo 86 inciso 2° del CP, resuelve un conflicto de intereses existentes entre la madre y el *naciturus*. 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” (Sandro Abralde y Javier Esteban de la Fuente, “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”, op. Cit, p. 177).

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.

Desde este punto de vista, en la mayoría de los ordenamientos se establece una diferencia entre la vida de la persona nacida y de la persona por nacer, resguardándose con mucha mayor intensidad a la primera.” (Sandro Abralde y Javier Esteban de la Fuente, “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”, op. Cit., p. 168). Esto se advierte a poco de analizar las conminaciones penales del homicidio y del aborto, es evidente que “a pesar de que nuestro ordenamiento protege la vida desde la concepción hasta la muerte, cambia la fuerza de protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte y menor desde la concepción hasta el nacimiento.(Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal. Parte Especial, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, T. I, p. 166.)

Así las cosas, nuestro país a los efectos de no violar el derecho a la vida, optó por un sistema de indicaciones y no de plazos, para regular los casos en donde el aborto no será punible. Es decir que, a pesar de que la punibilidad del aborto

es la regla general, existe supuestos excepcionales en donde el Estado por diversos motivos entiende que no castigará el aborto, entre ellos los supuestos contemplados en el artículo 86, segunda parte –indicación eugenésica y la criminológica-.

Por otra parte, como señalé párrafos arriba, conforme se desprende del punto IV de la resolución de la Excelentísima Cámara (ver fs) se dijo que “con sustento en el informe médico obrante a fs. 49 se advierte que en el caso de autos, no se evidencian elementos de valoración que permitan inferir la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor L M R, y que hagan necesaria la producción de medidas probatorias complementarias”

En relación a ello, advierto que el tribunal llega a dicha conclusión valiéndose únicamente de un solo informe, por demás escueto, cuando a decir verdad no era ni el único obrante en la causa para ese entonces, ni el mas suficiente. Es decir, descartó los ya existentes y omitió valorar el propio relato de la víctima en relación al hecho. Recuérdese que la madre de L R al denunciar la violación y reproduciendo la conversación que había mantenido con su hija, luego de explicarle que era hacer el amor con un hombre refirió “...cuando le terminé de explicar ella me dijo *pero el único que hizo eso conmigo fue el tío Luís. Yo le pregunté como había pasado, entonces ella me dijo que él la había acostado en la cama y le había sacado la ropa, y que ella le decía no, no tío, y el le decía ya te voy a hacer el amor, entonces él también se saco la ropa.... que al rato él le dijo ya esta y le preguntó si le gustó, y ella le contesto que no porque le había dado asco. Entonces cuando ella le dijo esto él le dijo vestite, y como ella no se vestía la termino vistiendolo él*”. (sic)

Habiendo dejado claro cual es la interpretación seguida por este Ministerio Público, entiendo que asiste razón a la recurrente en tanto “*La sentencia de la Alzada ha violado expresamente el art. 86, inciso 2° del Código Penal que autoriza la realización de un aborto cuando se reúnan ciertos recaudos*” toda vez que no obstante encontrarse reunidos en autos todos los requisitos, esto es, que el embarazo sea producto de una violación en una mujer incapaz, no se advierte cual fue la inteligencia lógica seguida por el Tribunal para deslegitimar la vigencia de la norma.

Sé que en este último punto se muestra otra discrepancia con lo analizado por la Alzada. Ut Supra hice referencia al elemento probatorio valorado por la Cámara para analizar la salud de la menor y que tendrían incidencia directa sobre el esquema fáctico sobre el que transita la presente causa. En el punto IV (fojas 110 vta. y 111) se aborda escuetamente la salud de LM y, sosteniéndose únicamente en el informe de fs. 49, concluye el “a quem” que no existen riesgos actuales o futuros en la salud de aquella. Si bien es cierto que no resulta exigible que los decisorios contengan una valoración acabada de todas las constancias probatorias arrimadas a la causa, también lo es que el reduccionismo efectuado aparece como injustificado, más aún cuando se contrapone con otros informes de similar envergadura y sustento científico. Así a fs. 13 obra informe médico policial que refiere “*enfermedad actual...:presenta deficiencia mental*

moderada”.... “Examen psíquico...funciones intelectuales: disminuidas”...”funciones intelectuales superiores: dificultoso”...”esfera volitiva: inquietud”...”Esfera afectiva: labilidad emocional”. Concluye a fs. 15 señalando que presenta “un cuadro de deficiencia mental moderada...edad mental inferior a la edad cronológica”. A fs. 21/24 se encuentran adunadas copias certificadas de informe médico oficial emanado de Hospital Zonal Gral. de Agudos Dra. Cecilia Grierson, que da cuenta que L R padece un retraso mental moderado secundario a encefalopatía hipoxémica, generándole una incapacidad laborativa permanente del 76%, señalándose también que dicha incapacidad es de orden predominantemente mental (fs. 22); a fs. 57/58 obra dictamen practicado por la perito psicóloga del tribunal de menores interviniente, lic. Susana Beatriz Kormos quien, tras practicar diversos test, concluye que “con respecto a su nivel madurativo se estima (según la evaluación del test de Bender) una edad mental de 8 años aproximadamente ...En M existen alteraciones en el proceso cognoscitivo; lee con bastante fluidez pero la capacidad comprensiva está disminuida, su léxico puede llegar a ser significativo pero no comprende el significado de la mayoría de las palabras...Se infiere además cierta superficialidad en los afectos como también inmadurez psicosexual”.-

Con base en los elementos reseñados, más aquellos que refieren como se sucedieron los hechos, sólo puede inferirse que la joven L M estaba en una situación de extrema vulnerabilidad derivada de su discapacidad al tiempo del hecho denunciado. Esta situación se ve hoy agravada por la prolongación de las consecuencias del hecho dañoso del que fuera víctima. En definitiva, se trata de una menor que ya presentaba una enfermedad antes del acaecimiento de los hechos y que sin duda se verá agravada por la continuidad del embarazo, que no buscó, que no quiere, que es producto de un ilícito penal y que no está en condiciones psíquicas de afrontar. Hablamos de una joven con una edad madurativa de ocho años. Esta circunstancia no puede ser soslayada al momento de decidir.

Por otra parte, la única manera que poseía la Alzada para no ceñirse a la letra de la ley era declarar su inconstitucionalidad, extremo este que no se ve tratado en ninguno de sus considerandos, no obstante la solución recaída, o indicar que no se daban los presupuestos de la norma, cosa que tampoco quedó plasmada.

III.b Inexigibilidad de la autorización judicial para realizar el aborto en los supuestos del art. 86, inciso 2 del Código Penal

La segunda cuestión en crisis se refiere a la exigibilidad o no de autorización judicial para realizar el aborto en los supuestos previsto por el artículo 86 inciso 2°.

En este sentido, en concordancia con lo sostenido por la recurrente, entiendo que el artículo en cuestión es bastante claro al respecto. Es decir, expresamente v en su parte pertinente prevé *“El aborto practicado por un médico diplomado*

con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre la mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Así, entiendo conforme lo sostuvo la Sra. Asesora que la creación por parte del Tribunal de Alzada de un requisito ajeno a la norma resulta improcedente para restringir los derechos de L R.

Entiende la recurrente que *“Resulta evidente que la sentencia impugnada ha violado la normativa vigente creando una exigencia que la ley no requiere (autorización judicial para proceder al aborto legal). Y para tornar congruente la intromisión en el ámbito de la libertad de mi representada, ha construido dialécticamente, la apariencia de una solicitud de autorización judicial que nunca fue peticionada”.*

En este sentido, no puedo sino adherirme a dicha interpretación, en tanto no surge de ninguna de las piezas procesales el aludido “pedido de autorización para abortar” realizado por la madre de la niña.

Nótese que conforme se desprende de la denuncia realizada por Vicenta Avendaño, luego de exponer respecto del hecho que motivaba su presentación, solicitó información relativa a la posibilidad de realizarle a L un aborto. En dicha acta, también se dejó sentado que debido a que la denunciante leía con dificultad, su contenido iba a ser leído en voz alta por Claudia Raquel Acosta. En esta inteligencia, de ninguna manera dicho requerimiento de información puede confundirse con un pedido de autorización. A mayor abundamiento el informe obrante a fs. 49 menciona la condición de analfabeta de la señora Avendaño.

En este extremo asiste razón a la recurrente al hacer notar que *“solicitar hacer un aborto”, “solicitar autorización para hacer un aborto”, “manifestar su intención de hacer abortar a su hija” son todos éstos conceptos sólo diferenciables para un abogado, pero no puede darse el estricto significado que se le pretende dar cuando las palabras no ha sido pronunciadas por la compareciente al acta, sino exclusivamente las volcadas por el actuario.”*

De ello se colige que las diferentes consultas realizadas por la madre de la menor víctima, de ningún modo pueden ser interpretadas como pedidos de autorización. Por el contrario la madre sólo buscó información sobre sus derechos y los de su hija en razón de que, al tiempo de ocurrir ante los órganos judiciales para formular denuncia por abuso sexual, se le hacen saber los derechos y facultades que, como víctima, le asisten (ver fs. 9). Como tal fue asistida por la oficina de asistencia a la víctima, y los sucesivos funcionarios que actuaron por derivación.

Reafirmando esta idea, téngase en cuenta que por una cuestión netamente lógica un pedido de autorización precede al acto cuya autorización se persigue. En el caso de autos, sucedió todo lo contrario, justamente y tal como se desprende de las constancias de fs. 34/5, la Sra. Fiscal tomó conocimiento de la planificación que del aborto se estaba llevando a cabo. decidiendo en

consecuencia extraer copias del IPP 307.639-06 y remitirlas al Juzgado de Menores, luego de considerar que la práctica abortiva se pretendía llevar a cabo sin la intervención del Ministerio Público Pupilar, ni el Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, parece claro que la señora Avedaño, en ningún momento solicitó permiso para que su hija aborte, porque tal como se desprende de las actuaciones glosadas en la presente causa, la planificación de la intervención quirúrgica ya se había realizado. De este modo, las ulteriores interpretaciones realizadas al respecto, carecen de todo tipo de sustento.

Aunado a lo anterior, debo decir que coincido plenamente con el planteo de la recurrente en cuanto manifiesta *“que tal pedido se hubiera formalizado resulta indiferente puesto que el art. 86, inciso 2 del Código Penal es claro en su formulación, no exigiendo ninguna venia judicial y limitándose a requerir la reunión de los tres recaudos ya enunciados en este escrito”*.

Es decir, que no estando expresamente contemplado por la norma la necesidad de requerir, previo a practicarse la interrupción del embarazo, una autorización judicial, cualquier exigencia en este sentido, implicaría inmiscuirse en un ámbito que le es ajeno, violando los principios y garantías constitucionales tanto nacionales como provinciales.

IV. Ultimas consideraciones

Habiéndome exployado sobre el alcance del artículo 86, inciso 2 del Código Penal y ciñéndome ahora a la situación planteada en autos entiendo que con los elementos arribados al proceso debe decidirse que L M R se encuentra alcanzada por uno de los supuestos que tornan aplicable la causal de no punibilidad prevista en el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal. Que los médicos llamados eventualmente a intervenir ejercerán la práctica dentro del supuesto contemplado en aquel, en la medida que la representante legal mantenga el consentimiento exigido por la norma, dejando sentado que no es requisito de aquella el pedido previo de autorización, siempre y cuando se verifiquen ciertos extremos, conforme expuse en el considerando pertinente.

En virtud de lo expuesto, propicio a VVEE revoque el pronunciamiento de la Excelentísima Cámara declarando la plena aplicabilidad al caso de lo normado por el artículo 86 inciso 2º del Código Penal y disponiendo la improcedencia de autorización judicial para la interrupción del embarazo de L M R.

Es cuanto dictamino.

Dra. María del Carmen Falbo