



LMR  
CONTRA ESTADO  
ARGENTINO

---

Acceso a la justicia  
en casos de  
aborto legal

## INDICE

<b>Introducción</b> .....	3
<i>Mariana Carbajal</i>	
<b>La historia de L.M.R.</b> .....	7
<i>Estela Diaz</i>	
<b>Aborto no punible, discapacidad y derechos humanos: cuestiones</b> .....	22
<b>relativas a la subjetividad en el caso L.M.R.</b>	
<i>Cristina Zurutuza</i>	
<b>La argumentación jurídica en el caso L.M.R.</b> .....	42
<i>Susana Chiarotti Boero</i>	
<b>“L.M.R. vs. Estado Argentino” patrón de violaciones</b> .....	72
<i>Silvia Juliá</i>	
<b>Política de Alianzas</b> .....	112
<i>Por Marta Alanis</i>	
<b>Dicatmen caso L.M.R. contra Estado Argentino N°1608/2007</b> .....	121
<b>Anexo</b> .....	134

## INTRODUCCION

Mariana Carbajal<sup>1</sup>

Conocí a L.M.R. en los tribunales de la ciudad de La Plata, cuando transitaba un tortuoso camino para acceder a un aborto no punible. Tenía en esos días la mirada esquiva, los ojos tristes detrás de sus anteojos. No sonreía. No quería hablar. A pesar de sus 19 años, se la veía niña. La discapacidad mental con la que nació, la mantiene anclada en la infancia. Antes que contar su historia, como periodista, quería ayudarla. A ella y a su familia. Desde ese lugar, como he intentado cada vez que conocí un drama similar, poniendo por delante la solidaridad de género al imperativo de informar, acompañé el devenir del reclamo por el acceso a la interrupción del embarazo, producto de una violación, que reclamaron, incansables, Vicenta y Verónica, madre y hermana de L.M.R. en nombre de la jovencita. Estaban amparadas por el Código Penal, pero funcionarios judiciales y del sistema público de salud se esmeraban en ponerles obstáculos arbitrarios e ilegales.

Hace pocos meses volví a reunirme con L.M.R. y con Vicenta. Charlamos con ellas, junto con Estela Díaz que tanto las acompañó en su lucha. Físicamente a L.M.R. no parecía haberle transcurrido el tiempo. Pero su actitud desenvuelta, su mirada vivaz, sus ojos brillantes, la hacían parecer otra muchacha, muy distintas de aquella que había visto cinco años atrás en despachos judiciales. Vicenta también parece otra mujer: tal como lo cuenta Estela Díaz en este libro, el recorrido para reclamar Justicia por su hija, que llegó hasta el Comité de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas, la fue empoderando. Este libro, escrito por el equipo de personas que participaron en la presentación del caso ante CDH, condensa ese transitar y va más allá: no sólo relata la historia del reclamo de L.M.R., y sus consecuencias jurídicas, sino que también refleja el "patrón de violaciones" de los derechos de las mujeres, muchas de ellas niñas y adolescentes, algunas con discapacidad mental, la mayoría de las veces víctimas de ultrajes sexuales, que piden el acceso a un aborto no punible en Argentina, y además, muestra los efectos psicológicos que ese peregrinar –sumado al ataque sexual– tienen sobre sus vidas.

<sup>1</sup> Periodista. Autora de *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente* (2009) Ed. Paidós. Integrante de *Periodistas de Argentina en Red por una Comunicación en Sexualidad (PAR)*.

En los primeros meses de 2006, L.M.R. fue abusada sexualmente por un tío y quedó embarazada. Su mamá, Vicenta, una mujer muy pobre y por entonces analfabeta, con quien vivía en la localidad de Guernica –en el sur del conurbano de la provincia de Buenos Aires–, reclamó un aborto no punible en el Hospital San Martín de La Plata. Pero una jueza de Menores intervino y prohibió la interrupción del embarazo. También fue negada la práctica en segunda instancia. El pedido de la adolescente llegó hasta la Suprema Corte bonaerense, que avaló el reclamo y aclaró que no era necesaria la autorización judicial, dado que se trataba de un aborto no punible. Pero aun con la sentencia del máximo tribunal de la provincia, L.M.R. no consiguió que le realizaran el aborto en un hospital público. Finalmente, con el apoyo de organizaciones de mujeres, la adolescente accedió a la intervención en una clínica privada. La gestación llevaba casi veinte semanas.

Tres organizaciones que integran la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, Católicas por el Derecho a Decidir (CDD), el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM- Argentina) llevaron en 2007 el caso de L.M.R. al CDH, órgano de la ONU que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos, un tratado con rango constitucional en Argentina. En abril de 2011, el CDH emitió dictamen favorable y condenó al Estado argentino por no haber garantizado el acceso a un aborto contemplado por la ley.

El CDH consideró que la obstrucción del aborto permitido por el Código Penal constituyó una violación de los derechos humanos de la joven y ordenó al país a proporcionarle "medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada" y a "tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro". El CDH le dio al Estado argentino 180 días para cumplir con el dictamen. Se trata de un precedente único en el país, de ahí la importancia de este libro como herramienta indispensable para la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres.

El objetivo de esta publicación es dar visibilidad al proceso jurídico y sus resultados, y a las estrategias de los grupos anti-derechos, ligados a la Iglesia Católica, para frenar el acceso a los abortos permitidos. Al mismo tiempo, mostrar el entramado de alianzas que sustentaron el reclamo ante el CDH. Pensado como una contribución al movimiento de mujeres, como un instrumento de ciudadanía y exigibilidad de derecho, este material sin dudas servirá de referencia para otros casos de aborto no punible.

A pesar de que están legislados en la Argentina desde 1921, y de que algunas

jurisdicciones han avanzado con reglamentaciones, y que desde el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable se ha elaborado una Guía Técnica para su atención, todavía persisten trabas y obstáculos arbitrarios para garantizar la realización de abortos no punibles en hospitales públicos.

En el primer capítulo, Estela Díaz hace un pormenorizado relato del recorrido judicial de L.M.R. y su familia, a quienes acompañó personalmente en el camino por el reconocimiento de sus derechos. El texto narra los obstáculos que debieron enfrentar tanto en el sistema judicial como sanitario, y al mismo tiempo describe en detalle las interferencias de personajes y grupos fundamentalistas para impedir el acceso de la joven a un aborto no punible.

En el segundo capítulo, Cristina Zurutuza se refiere al daño psicológico y moral sufrido por L.M.R. y su familia. Basado en el análisis de las entrevistas y la pericia presentada ante el CDH, este texto permite revelar un aspecto del daño poco conocido en relación a las violaciones a los DD.HH.

En el tercer capítulo, Susana Chiarotti desarrolla los argumentos jurídicos, la legislación y la jurisprudencia utilizadas en el caso ante el CDH. Además, describe y analiza los aspectos jurídicos de la presentación, el encuadre del caso en base a los tratados de DD.HH. y su aplicación en Argentina, junto con una revisión de la jurisprudencia internacional sobre el tema.

En el cuarto capítulo, Silvia Juliá aborda el patrón de impunidad observado frente a numerosos casos similares de aborto no punible en el país. El texto hace un recorrido sobre las violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres que en forma reiterada y en diferentes instancias estatales se constituyeron como precedentes del caso de L.M.R. e incluso, se replicaron posteriormente. Es muy interesante el registro de las acciones orquestadas por ONG "anti-derechos" y entidades vinculadas a la Iglesia Católica para presionar a profesionales de la salud y a las familias para impedir la realización de los abortos no punibles.

En el quinto y último capítulo, Marta Alanís refleja la importancia de la construcción de alianzas para el impulso del caso y aporta su mirada enriquecedora sobre las estrategias utilizadas por el movimiento de mujeres y las organizaciones feministas que trabajaron de manera exitosa logrando avances en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos en los últimos años en la Argentina. Puntualmente, a su vez, se refiere a la conformación de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, y al estado del debate en la sociedad y en el Congreso en torno a la despenalización y

legalización del aborto en el país.

El libro incluye el dictamen completo del CDH sobre el caso L.M.R. y un anexo con fallos judiciales sobre casos de aborto no punible por violación dictados por distintos tribunales del país.

Volví a conversar con Vicenta, la mamá de L.M.R., el jueves 18 de agosto de 2011. La llamé para conocer su opinión frente a otro caso de aborto no punible como el de su hija: una niña de 14 años, muy pobre, violada y embarazada por un tío, reclamaba en Posadas, Misiones, su derecho a interrumpir la gestación forzada. Vicenta se mostró profundamente conmovida por la historia, tan lejana y cercana a la vez. A la mamá de la niña, Carmen F., en un hospital público la querían convencer de seguir adelante con el embarazo, asustándola con una mentira recurrente en situaciones similares: le decían que el aborto era una práctica riesgosa y que la niña podía morir si se lo hacían. Vicenta se indignó —el cuento le sonó muy conocido— y se ofreció a hablar con la señora. “Hay que buscar que se lo hagan lo más rápido posible. No pueden obligarla a seguir con ese embarazo. Si es necesario, me ofrezco a hablar con la mamá. A mí también los médicos en el hospital me dijeron que tenía que elegir entre la vida de mi hija o el aborto. ¿Y como madre qué vas a decir? Y entonces, enseguida dijeron que yo ya no quería seguir adelante con la interrupción. Pero era mentira, me quisieron asustar. Engañan y se aprovechan cuando una está débil. No es riesgoso hacer el aborto. Cuando se lo hicieron a mi hija salió caminando de la clínica”, me dijo Vicente en aquella oportunidad. La mamá de la niña de Posadas finalmente desistió de realizarle el aborto no punible por temor a que su hija tuviera problemas.

Al cierre de esta compilación, todavía el Estado argentino no había avanzado con el cumplimiento de las medidas ordenadas en el dictamen del CDH en el caso L.M.R., entre ellas, la reparación al daño sufrido por la joven y su familia y la implementación de acciones tendientes a la no repetición de otros casos en los que se obstruya un aborto no punible.

Ojalá que este libro contribuya a visibilizar esta terrible problemática y a que situaciones similares no se repitan Nunca Más.

Diciembre de 2011.

## LA HISTORIA DE L.M.R.

Estela Díaz<sup>2</sup>

A L.M.R. la llamaremos Laura<sup>3</sup>. Su historia es similar a la de tantas otras jóvenes de la Argentina que han tenido que atravesar calvarios judiciales en reclamo de su derecho a un aborto no punible<sup>3</sup>. Denunciamos este "caso" como ejemplo de un patrón sistemático de violaciones de derechos de las mujeres en el país, cuando se trata de la solicitud de un aborto contemplado por la ley

*"L.M.R. fue violada por su tío, esposo de la hermana del padre. Cuando la niña dice que se siente mal, la madre la lleva al Hospital de Guernica<sup>4</sup>, donde constatan que está embarazada. Vicenta Avendaño, la madre de L.M.R., solicita la interrupción del embarazo y el Hospital se niega, enviándola a hacer la denuncia policial y al hospital de cabecera de la Provincia, Hospital San Martín de la ciudad de la Plata. El 24 de junio de 2006, su madre presenta denuncia judicial expresando que su hija de 19 años y deficiente mental había sido víctima de un abuso sexual y pregunta sobre las posibilidades de interrupción del embarazo que resultó del mismo."*<sup>5</sup>

L.M.R. llegó al Hospital San Martín de la ciudad de La Plata acompañada por su madre, con un embarazo de aproximadamente 14 semanas. Traía la denuncia policial de violación sexual. En fecha 4 julio de 2006 fue internada en el Hospital, para la realización de los estudios pertinentes y las autoridades del Hospital solicitaron con carácter de urgente la reunión del Comité de Bioética. Dado que era un caso de aborto no punible, encuadrado en el art. 86. inc.2 del Código Penal, se hicieron a la joven los estudios prequirúrgicos para realizar

<sup>1</sup> Responsable del Área de Género de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA). Coordinadora del Centro de Estudios Mujeres y Trabajo de la Argentina - Centro de Estudios Mujeres y Trabajo de la Argentina (CEMTA) de la CTA. Integrante de la Comisión de Articulación de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

<sup>2</sup> La vamos a llamar Laura para no hablar del "caso LMR", que dicho así parece privarnos de la posibilidad del vínculo con esta historia en primera persona, salvo en los textos que son cita textual de la demanda presentada ante el Comité de DDHH de la GNU.

<sup>3</sup> C.C.A., en Mendoza (2005); V.O. en Mar del Plata (2007); M.F.C. en Paraná (2007); Ana María Acevedo, en Santa Fe (2007); una niña de 12 años, y otra de 13 años, en Mendoza (2008); G.N.R., en Bahía Blanca (2009); una niña de 12 años en Piedra, Río Negro (2009); A.G. y María, en Comodoro Rivadavia, Chubut (2010); una niña de 12 años en Adrogué, provincia de Buenos Aires (2010); L.N., en El Bolsón, Río Negro (2010); L.G.S. en Rawson, Chubut (2011) una niña de 14 años en Posadas (2011), entre otras mujeres, niñas y adolescentes.

<sup>4</sup> Localidad del sur del conurbano de la provincia de Buenos Aires.

<sup>5</sup> Los textos en cursiva son copia de la Comunicación Individual presentada por CLADEM, CDD e INRIGENAR ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la demanda al Estado argentino por incumplimiento del pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la parte del relato de los hechos.

*la intervención, cuando llegó una orden judicial de la jueza de Menores Inés Siro, exigiendo que se interrumpan todos los procedimientos. Se inicia así un proceso judicial, para impedir el aborto\*.*

La familia no sabía hasta este momento todo lo que les esperaba peregrinar para lograr cumplir con su decisión. Tenían una convicción: les asistía el derecho a interrumpir esa gestación producto de la violación. El plural en este caso tiene también nombres e historias. Eran cinco personas y un Renault modelo '80 que resultaban imparables, así no tuvieran dinero para la nafta. De algún modo se organizaban para recorrer los cien kilómetros que los separaban de la ciudad de La Plata, donde estaban los tribunales que llevaban el caso, y tuvieron que trajinar con un sinfín de trámites.

Verónica es clave en esta historia, hermana de Laura, lleva un apellido que no quiere tener, el de su padre que las abandonó cuando eran muy pequeñas. Ella siente que es una auténtica Avendaño, como su madre. Pero la biología y las causalidades del destino hicieron que siga llamándose como su padre. Los cinco resultaron esos días inseparables: Vicenta, Verónica y su marido Walter, el pequeño Nicolás –hijo de ambos–, que parecía entender mucho más allá de sus cinco años, y Laura, que jugaba con su sobrino cuando lograba superar el silencio y la desazón.

Vicenta siente enorme admiración por sus dos hijas. Se ilumina cuando cuenta que Verónica al empezar la escuela primaria le enseñó a ella a leer. Esperaban el colectivo y ella le decía cómo leer el nombre, la dirección a la que iba, el nombre de las calles en los carteles. "Mamá vos tenés que saber por dónde andás, yo te voy a enseñar a leer para que vayas tranquila". Tenía apenas seis o siete años entonces. Ahora casada y con un hijo, Verónica es el sostén de su madre y hermana para pedir reparación frente a la violencia institucional de la que estaban siendo víctimas por reclamar un aborto no punible.

*"La titular de la Unidad Funcional de Instrucción Nº 5, doctora Sonia Leila Aguilar, el mismo día 4-VII-2006, sin justificar el sentido de su intervención y mediante una suerte de resolutorio formal, extrajo un juego de fotocopias de la investigación a su cargo y las remite con carácter urgente al Juzgado de Menores en turno, (Inés Siro)...".\**

*"La jueza de Menores, (Inés Siro)...., considerando que debían reunirse los*

\* Esta parte del relato de lo sucedido y los párrafos que siguen transcritos en letra cursiva, son cita textual de la sentencia Ac. 98.330 del 31/07/06, fueron hechos compartidos por el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

*elementos de prueba del supuesto aprehendido en el art. 86 inc. 2° del Código Penal, ordena una serie de medidas complementarias, entre otras, la realización de una evaluación psiquiátrica a la embarazada y el pedido de remisión de su historia clínica.” Envía al hospital San Martín un oficio exigiendo la interrupción de los procedimientos que estaban en curso para interrumpir la gestación”.*

*“La (Asesora de Menores) doctora Ozafrain de Ortiz, en su intervención inicial en la causa, advierte sobre la innecesariedad de una autorización judicial para realizar la práctica médica que habría de realizarse en el caso, porque en la situación del art. 86 inc. 2° del Código Penal, en que encuadraba el sub lite, dicha venia es innecesaria, como también lo es frente a un aborto terapéutico. Por ello reclama a la jueza que se abstenga de interferir en esa intervención médica”.*

*“La jueza de Menores Inés Siro, falló prohibiendo que se procediera con la operación de aborto que se le estaba a punto de practicar a L.M R”.*

En este punto del relato, la familia de Laura decidió que la única forma de salir del cerco en el que se encontraban era haciendo público lo que les estaba sucediendo. Las conocimos a través de los medios de comunicación. Este es un caso testigo en muchos sentidos: es el primero que se recuerde con tal grado de exposición pública, tuvo impacto incluso en la prensa internacional, permitió a su vez que queden de manifiesto un conjunto de estrategias de sectores de justicia, salud, confesionales para impedir el cumplimiento de los abortos legales. Estrategias que fueron repitiendo y “perfeccionando” en injerencias futuras (ver más adelante, en el capítulo IV).

Intuyeron que la denuncia de la violación de sus derechos iba a contribuir para la resolución de su caso, pero comentan también que jamás pensaron que el impacto periodístico sería tan enorme. Terminaron rodeadas por un cerco mediático, que llegó a transformar su vida cotidiana. Estuvieron asediadas en su propio barrio por cámaras de TV, movileros radiales y llamados a toda hora a su casa.

Desde la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito definimos la estrategia de intervención. Buscamos información sobre la situación concreta, más allá de los datos que figuraban en los medios; presentamos declaraciones de apoyo al pedido de la familia en la Justicia, la Secretaría de Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires y los medios de comunicación, tal como se actuara frente a otras situaciones de similares características.

Las redes y alianzas construidas desde el movimiento de mujeres se actualizan cuando pasan hechos como éste. No sólo desde las organizaciones sociales y políticas, sino también con aliadas/os que trabajan en lugares claves de la Justicia, el área de la salud, la gobernación, con legisladoras/es, y también con periodistas que se desempeñan en medios de comunicación. Es difícil hacer un análisis pormenorizado y exhaustivo de todo lo realizado, porque estas intervenciones se concretan en un sinfín de hechos: desde los que resultan claves a un sinnúmero de pequeñas acciones que en algunos casos parecen casi sin sentido. Llamadas, encuentros, correos electrónicos, algunas formas de debate y discusiones respecto al avance, el cómo, la posición pública y no pública. Estas intervenciones están regidas por un posicionamiento ético, que para nosotras es rector respecto al modo de involucramos, cuando la situación dejó de ser una consigna a favor de un derecho de las mujeres, para transformarse en una mujer singular, con un rostro, una historia, una familia, un nombre, un color de ojos, un tono de voz. Esta transición entre los derechos declarados, consolidados en textos constitucionales, legales y su puesta en singular nos compromete de manera decidida. Porque se ponen en acto declaraciones de principios. Lo que supone poner en tensión particularísima nuestros objetivos políticos, nuestro posicionamiento ideológico.

La prioridad siempre está en escuchar y respetar a las personas –en este caso a la familia de Laura– como sujetos de derecho. Escuchar lo que están pidiendo, lo que deciden hacer, los pasos que dieron, que siguen dando y hasta dónde deciden avanzar. Resulta clave la palabra “acompañar”. Nuestra tarea fue fundamentalmente de acompañamiento a una familia que peleaba por el derecho de una adolescente con discapacidad mental. Dimos información, aportamos estrategias de intervención, contribuimos para achicar las distancias y barreras que las instituciones ponían, servimos de apoyo y sostén para enfrentar a esos obstáculos. Pensar junto a la familia que reclama por un derecho es central en estas situaciones. Cuando somos parte de un colectivo, cuando se pone en juego la solidaridad, allí podemos transformar la debilidad en fortaleza. Ese salto cualitativo, cuando tiene nombre y apellido nos transforma, a las militantes que intervenimos, pero también a ellas, las personas que son parte prologórica de esta historia.

En principio decidimos no acercarnos a la familia personalmente, porque nos parecía que podían sentirnos como un factor más de presión. Se la notaba muy angustiada en cada una de sus apariciones públicas. Contábamos para esta decisión con antecedentes en la provincia de Buenos Aires que nos alentaban a

suponer que el caso se iba a resolver favorablemente. En el año 2005, cuando una mujer con cinco hijos y graves problemas de salud solicitó la interrupción del embarazo, su pedido llegó a la Corte bonaerense. Un fallo del alto tribunal lo avaló y el aborto se hizo en un hospital público de la localidad de Lanús, al sur del conurbano, cuando cursaba cerca de la semana número 22 de gestación. Pensamos que la Corte iba fallar en forma favorable al pedido de un aborto no punible de Laura y como en el caso anterior, el sistema de salud lo resolvería sin obstáculos. No obstante, en un punto nos equivocamos: la Corte avaló el reclamo de Laura pero el sistema de salud no garantizó la interrupción del embarazo.

*“Las intervenciones de la Fiscal Aguilar, que lejos de investigar la violación de L.M.R. giró el expediente a la Jueza para impedir el aborto. Y la Jueza Inés Siro, que en lugar de rechazar de plano este giro lo acepta, interfiere ante el hospital con un oficio que prohíbe la realización del aborto, suponen injerencias ilegales y arbitrarias, que constituyen la primera de las violaciones a los derechos humanos de L.M.R. Se abre una causa penal, que pretende transformar a L.M.R., en autora de un presunto delito, lo que implica una revictimización, transformándola claramente de víctima en victimaria. Esta violación de sus derechos se agrava con presiones, cuando, extralimitando sus funciones la Jueza Inés Siro recomienda continuar el embarazo y dar su producto en adopción, lo que constituye una grave violación a la autonomía reproductiva y al derecho a la intimidad.*

*Para justificar esta violación al derecho de L.M.R. al aborto legal se utilizaron argumentos confesionales que fueron plasmados en el texto de la resolución de la Jueza Siro y se hicieron públicos en sus manifestaciones a la prensa. En su sentencia la jueza Siro expresa que no es para ella admisible reparar esa agresión injusta “con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé” (sentencia de 1ª Instancia.), imponiendo la primacía de sus valores personales frente a los derechos de la víctima de violación reconocidos en la ley.*

*El fallo (de primera instancia) es apelado por la representante pupilar de la joven L.M.R. (Laura Ozafráin de Ortiz), agraviándose, en primer término, porque no ha existido pedido alguno de venia jurisdiccional. Alega también que*

<sup>8</sup> Causa penal 73261 del 05/07/06 caratulada: “LMR/ Persona por nacer s/protección. S/ denuncia.

*el art. 85 inc. 2 no requiere de ese acto, sino que "... meramente se despenaliza la conducta, tomándola lícita".*

*Finalmente la sentencia de la Cámara deniega el recurso de apelación e instruye a la jueza de menores para que extienda el control de L.M.R. en compañía de su progenitora, en cuanto a la evolución del embarazo y supervise de manera constante y directa el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad".*

Los operadores de justicia de la derecha estaban de fiesta. Dilatar la resolución del caso era parte central de su estrategia, ya que frente a una gestación es obvio que las injerencias de las distintas instancias judiciales les jugaban a favor. No obstante, la fuerte presión mediática hizo que la Justicia interviniera con una inusual celeridad. El fallo de la Suprema Corte de la provincia se produjo el día 31 de julio de 2006. La denuncia de Vicenta sobre la violación de su hija en la fiscalía se había hecho el 24 de junio. Transcurrieron exactamente 37 días para recorrer las tres instancias judiciales: el fallo en contra de primera instancia, la apelación y el fallo contrario de Cámara, la apelación y la sentencia definitiva de la Suprema Corte. Objetivamente puede decirse que la Justicia, que en sus instancias inferiores actuó contraria a Derecho, interviniendo de manera indebida, luego tramitó el resto del proceso con una rapidez evidente. Pero es imprescindible cotejar estos tiempos institucionales con los tiempos subjetivos de Laura y toda su familia.

Viven a unos cien kilómetros de la ciudad de La Plata, debieron viajar cotidianamente durante los 37 días de Guernica a la capital bonaerense. Debieron tomar la decisión de exponerse públicamente y someterse a la presión mediática como única salida frente al cerco institucional que las desoía. El impacto y desgaste subjetivo fueron enormes. Verónica, la hermana de Laura, no volvió más a la ciudad de La Plata: afirma que le trae los recuerdos más traumáticos de su vida.

Se debe destacar que el drama de Laura y su familia, logró poner en debate la legislación vigente sobre aborto, el incumplimiento evidente de la misma, pero también favoreció que se comenzara a discutir el tema del aborto en general, no sólo frente a causales de excepción. Desde el movimiento de mujeres y la Campaña hicimos declaraciones públicas, participamos de programas radiales, en notas gráficas y televisivas, y nos presentamos junto a un grupo de legisladoras nacionales como "amigas de la causa" (Amicus Curiae) ante la Suprema Corte de la provincia, con el aporte de argumentos del derecho internacional y nacional que sustentaban el pedido de la joven.

También se presentaron diferentes textos similares desde grupos de organizaciones especializadas en la defensa de los derechos de las mujeres.

El día que se iba a conocer el dictamen de la Corte realizamos una concentración masiva frente al edificio de Tribunales, que también tuvo mucho impacto mediático. Resultó realmente llamativo el tratamiento que este caso recibía, incluso en medios de comunicación habitualmente ligados a posiciones cercanas a la Iglesia Católica. Como no había sucedido antes se expresaron con mucha firmeza el entonces ministro de Salud de la Nación, Ginés González García, con un rotundo apoyo al pedido de Laura y su familia, del mismo modo que el gobernador de la provincia de Buenos Aires en aquel momento, Felipe Solá, y su ministro de Salud, Claudio Mate. De todas maneras, esos apoyos y reconocimientos del derecho a la interrupción del embarazo que la joven tenía, no se tradujeron en acciones para que se hicieran efectivos.

*“La señora Procuradora General (María del Carmen Falbo) emite dictamen propiciando se revoque el fallo atacado, declarando la plena aplicabilidad al caso de lo normado por el art. 86 inc. 2º del Código Penal y disponiendo la improcedencia de autorización judicial para la interrupción del embarazo de la menor 9.*

*Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el día 31 de julio de 2006, emite un fallo por mayoría, rechazando los argumentos que impedían a la joven interrumpir su embarazo y resolviendo:*

*“Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L.M.R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de sus reglas del arte de curar”...“Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L. M. R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas”... “Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San*

<sup>9</sup> Suprema Corte de Justicia, en causa Ac. 98.830 del 31/07/06.

*Martin de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia*<sup>10</sup>

La satisfacción por este fallo fue enorme --aunque los contratiempos vinieron pronto-- porque estábamos ante una sentencia de un Tribunal Superior, que contribuiría para sentar jurisprudencia en el país y sobre todo porque el debate del aborto había salido del closet. La situación que estaba viviendo Laura y su familia, el conocimiento público de cada uno de los detalles sobre las trabas institucionales y los argumentos de quiénes obstaculizaban el acceso a una práctica de salud permitida, contribuyó para operar un cambio cualitativo respecto al tratamiento del tema del aborto y los derechos sexuales y reproductivos.

Advertíamos que se estaba cambiando el sentido común respecto a esta problemática. Como describía María Vasallo<sup>11</sup> en su ponencia del Seminario sobre Acceso a la Justicia Reproductiva (2011), se podía verificar en el terreno más difícil de captar como es el sentido común, refiriéndose a esa "mayoría silenciosa", que más que en convicciones se funda en posiciones cambiantes y laxas. Este caso marcó un límite social a la tolerancia frente a la falta de respeto por las decisiones reproductivas de las personas. Agravado por ser una joven, de condición humilde y discapacitada mental. Laura nos interpelaba como sociedad. Nos ponía frente a un espejo, que evidentemente no soportábamos ver. Daba pudor ser espectadoras de la vulneración de los derechos de esta joven y su familia. Sin dejar de reconocer el enorme costo personal que supuso para ellas, es cierto que posibilitó construir un antes y un después respecto al tratamiento del tema del aborto.

También es necesario ponerlo en contexto. No para explicarlo con la linealidad de causa/efecto, sino para reconocer lo que estaba sucediendo en la opinión pública dentro de un clima social de avance de los derechos humanos. La caducidad de las leyes de impunidad, impulsada por el gobierno de Néstor Kirchner, las denuncias de las complicidades civiles, empresariales, políticas y religiosas con los genocidas empezaban a transitar el camino del juicio y castigo. La noción de derechos humanos también comenzó a ampliarse, no sólo para contemplar la reparación respecto a los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado, sino para poner en agenda temas culturales y sociales como deudas de la democracia.

El derecho a la vida, tan sentido en un país donde imperó por años el terrorismo de Estado, en este caso se quería usar para vulnerar otros derechos. Laura no valía nada

<sup>10</sup> *Sentencia citada, página 309.*

<sup>11</sup> *Periodista y escritora, ponencia presentada en el año 2010 [www.abortofecol.com.ar](http://www.abortofecol.com.ar)*

para la fiscal Aguilar, para la jueza Siro, para los camaristas, ni para el rector de la Universidad Católica de La Plata y el Arzobispo de La Plata, monseñor Héctor Aguer, que también se manifestaron en contra de su reclamo. Una pregunta que Walter Benjamin se hace –y Marta Vasallo nos recuerda en el texto citado–, se expone pertinente frente al tema que nos ocupa: ¿Puede la defensa absoluta de la vida anteponerse a las consideraciones de justicia, de respeto a la integridad, a la autonomía, a la libertad personal?

*“Pero si bien este fallo (31-7-06) dejó el camino abierto para la realización del aborto, las autoridades del Hospital San Martín se negaron a practicarlo.*

*En efecto, el 1 de agosto la madre de L.M.R. concurre nuevamente a ese hospital, para efectivizar el aborto. Allí le contestan que hay que hacer una nueva ecografía. Por primera vez no se permitió a la madre acompañar a su hija a la sala donde se procedió a la realización de la misma. Sobre ella, el Hospital emite un informe falso, afirmando que el embarazo era de 20 semanas, con un margen de error que los llevaba hasta las 22. La sospecha originada por no dejar entrar a la madre se confirma cuando, con ayuda de organismos de mujeres, L.M.R. se realiza una nueva ecografía en un servicio privado el día 10 de agosto, que informe un tiempo de gestación de 20,4 semanas<sup>17</sup>.*

*El Director del mencionado Hospital se reúne con el Comité de Bioética, el Ministro de Salud y de Justicia de la Provincia y allí informan que no se hará el aborto por lo avanzado del embarazo, lo que constituiría no ya una “práctica de aborto, sino un parto inducido”.*

Conocimos a Laura personalmente sobre el tramo final de esta historia. Nuestras redes de comunicación explotaron frente a la noticia de la negativa de las autoridades del hospital de realizar el aborto. El estupor fue mayor cuando vimos en conferencia de prensa a dos ministros provinciales de Justicia y de Salud acompañando el anuncio de esa decisión. Las informaciones respecto al impacto que tuvo en Laura, Vicenta y Verónica fueron diferentes. Por un lado decían que ya estaban resignadas a la continuidad de la gestación y por otro, que Vicenta se había desmayado al conocer la noticia, que se sentían defraudadas y que habían sido víctimas de un nuevo engaño.

<sup>17</sup> De esta manera ha sido expuesto en las resoluciones fiscales que rechazan las denuncias penales realizadas por Solanes Alberto Emilio (fs. 81 vsa) y Sobredo Alberto (fs. 44) Causa Solanes Alberto Emilio denunciante UF11, fs 81 ante el Juzgado de Garantías N. 1

Contra reloj resolvimos encontramos con la familia y saber si efectivamente aceptaban la negativa del hospital. Desde el movimiento de mujeres estábamos dispuestas a buscar un servicio público, privado o clandestino para hacer cumplir con su derecho, si esa seguía siendo su decisión. No era fácil hacerlo en un contexto de tanto desgaste y exposición. Otra vez las redes de solidaridad y empatía fueron claves. En un despacho judicial, con gente amiga de prensa, que facilitó el encuentro de todas las partes, se realizó nuestra primera reunión con Laura y su familia. Allí ratificamos nuestras sospechas. Estaban profundamente decepcionadas por todo lo ocurrido y la convicción del derecho que las asistía seguía inalterable.

Las acompañamos para que Laura se hiciera otra ecografía, que confirmó la mentira respecto a la fecha de gestación formulada por el hospital, y comenzamos a buscar un servicio "amigable" de salud para concretar la interrupción del embarazo. Pero esta vez la enorme mediatización, útil para hacer oír el reclamo, jugaba en contra a la hora de concretar la práctica. El personal completo del hospital por nota dejó escrito que no lo haría por las presiones recibidas (provenientes de sectores conservadores vinculados a la Iglesia Católica). Todos los dispositivos de los grupos anti-derechos estuvieron en acción. Los ministros de Salud y de Justicia provincial, a pesar de las declaraciones del gobernador a favor de Laura, avalaron en ronda de prensa esa negativa, transformándola en los hechos en una barrera para todo el sistema de salud del país. Nadie más haría esa interrupción legal del embarazo, salvo en la clandestinidad.

*"L.M.R. y su familia comienzan un peregrinaje por distintos hospitales de la Provincia de Buenos Aires y centros de salud de diferentes provincias del país, acompañadas por integrantes de organizaciones de mujeres, para lograr la interrupción del embarazo. Ningún centro de salud pública ni privada quiso realizar el aborto. Se reciben ofrecimientos de países vecinos y de España<sup>13</sup>, quienes costearían el viaje y la intervención; pero L.M.R. no tenía pasaporte; y por ser menor de edad, necesita la autorización paterna para salir del país. Por esto se incursiona en el sector privado y clandestino; se consigue interrumpir el embarazo gracias al apoyo material y moral de las organizaciones de mujeres, ya que por su condición de pobreza L.M.R. y su familia no hubieran podido acceder por sí mismas a la realización del aborto en el sector privado.*

<sup>13</sup> Ver noticia en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-70916-2006-08-04>.

*A pesar de contar con un recurso legal para decidir sobre sus derechos reproductivos, L.M.R. no pudo acceder al aborto legal. Fue discriminada en el acceso a la salud reproductiva, se violó su autonomía reproductiva, su derecho a la privacidad y a la intimidad y a acceder a un aborto seguro dentro del sistema de salud pública.*

*Se encuentra documentado en los medios de prensa que tanto el Rector de la Universidad Católica Argentina de la ciudad de La Plata como el representante de la Corporación de Abogados Católicos, se involucraron en las presiones a la familia y a los médicos; que en el presente continúan acosando a los/las funcionarios/as del poder judicial que actuaron cumpliendo la ley que autoriza el aborto. Estas personas se ufanan frente a los medios de comunicación del acoso que realizaban a la familia inteniendo conseguir la adopción del producto de la violación de L.M.R. o hicieron públicas las cartas documentos amenazadoras enviadas al Hospital sin que ninguna autoridad tomara intervención".*

Deducimos a esta altura, sin temor a equivocarnos, que hubo un pacto con autoridades de la provincia para garantizar que no se realizara la práctica del aborto, más allá del fallo favorable y las declaraciones públicas a favor de funcionarios del más alto nivel. Cuando Laura llegó con Vicenta al hospital y las separan para hacerle la ecografía aparece gente del Centro de Asistencia a las Víctimas (CPV) dependiente del Ministerio de Justicia provincial, que no había actuado hasta la fecha, que bajo la excusa de la protección de la familia, la cercan. La llevan a un hotel céntrico, le dan celulares controlados por ellos e intentan que no se hagan más declaraciones públicas. Les prometen subsidios y mejoras materiales.

Grupos conservadores, anti-derechos, desplegaron un sinnúmero de acciones para impedir el acceso a esa práctica de salud que Laura estaba esperando y que tiene casi 90 años de legalidad<sup>14</sup>. Este racconto de los hechos está prácticamente estructurado sobre la base de esas intromisiones y las respuestas para enfrentarlas. Pero vale la pena revisarlas, volver a poner foco en ellas, dejando de lado la cronología de los acontecimientos, porque asiduamente nos encontramos con situaciones similares en otras demandas de abortos no punibles.

En lugar de investigar la violación de Laura y perseguir al culpable, la fiscal Leila

<sup>14</sup>En el Código Penal sancionado en el año 1921 ya se estableció el artículo 86 inciso 1° y 2°, que contempla los abortos no punibles.

Aguilar inició un expediente de denuncia de la joven frente a la solicitud de un aborto no punible. Por omisión en los hechos operó una protección del abusador. Comportamiento que nos resuena tan común a instituciones que construyen dispositivos internacionales de protección de los abusadores. Esa actitud tampoco fue aislada, en casos similares como el de V.O. en Mar del Plata o el de M.F.C. en Entre Ríos, recibieron tratamientos parecidos los violadores de las jóvenes.

Encabezaron la avanzada pública conservadora el rector de la Universidad Católica de La Plata, Ricardo De la Torre, y el presidente, en ese momento, de la Corporación de Abogados Católicos, Alberto Solanet. El Rector de la UCALP en personas se presentó en la casa de Verónica para ofrecerles dinero, a cambio de la continuidad de la gestación y recibir luego en adopción a quién naciera como producto de la violación del tío político de Laura. También hizo gran cantidad de apariciones públicas y reconocimientos a las operadoras de justicia (fiscal Aguilar, jueza Siro, camaristas) que actuaron según sus convicciones personales y no ajustadas a derecho.

En especial se hicieron dos movimientos dignos de destacar: Buscar al padre de Laura, que la había abandonado hacía 12 años para que pueda intervenir, utilizando el recurso de la patria potestad; y enviar cartas documento a los directivos y médicos del Hospital San Martín de La Plata, amenazándolos de iniciar causa judicial si realizaban el aborto sin el consentimiento del padre de la joven discapacitada. Resulta inaudito e insultante recurrir a alguien que jamás se hizo cargo de su hija para impedir que se cumpla con una práctica de salud que está permitida por la ley. Desde el punto de vista ético, esa acción habla por sí misma de sus mentores, y de manera descarnada nos enfrenta a un orden patriarcal: varones que en nombre de causas supremas --la defensa de la vida-- llaman a otros que abandonaron y despreciaron la vida de su pareja y sus hijas, para someterlas.

Fueron innumerables también las ofertas a la familia para la crianza del "niño por nacer", desde una vacante en una escuela religiosa paga hasta los 18 años y una casa nueva, hasta una pensión para el resto de la vida para Laura. La perla de todas estas "piadosas" intervenciones fue el abogado que le ofrecieron a Vicenta, a través de un cronista de un canal de televisión, para que la represente en la causa penal. El abogado, Marcelo Peña, apareció en escena también sobre el tramo final de esta historia. Verónica sintió la necesidad de informarte los últimos acontecimientos, como en una especie de

deuda con alguien que estaba por contribuir con ellas de manera "desinteresada". Su estudio jurídico estaba ubicado en un lugar céntrico, cercano a los tribunales platenses. Pronto supimos donde nos encontrábamos al ver el certificado de egreso de la Universidad Austral del Opus Dei y una biblioteca completa de libros de esa casa de estudios. Se sorprendió de mi presencia, pero antes de que pudiéramos contarle lo que había sucedido, nos comentó que estaba preparando un contrato, porque a la noche iría al programa de televisión conducido por el periodista Santo Biassati, donde se encontraría con el Rector de la Universidad Católica y allí firmarían un acuerdo sobre los supuestos beneficios que la familia iba a recibir. Había que estar allí para poder ver la reacción de Verónica frente a esa sorprendente noticia. Lo increpé en el momento, casi sin dejarle terminar de contar de qué se trataba el famoso contrato. 'No sabés que yo lo eché a ese señor de mi casa. ¿Qué tenés que arreglar con él? Igual no importa –le retrucó, sin dar tiempo a respuesta alguna—. Ya solucionamos el problema, cumplimos con el derecho de mi hermana, ayer se hizo el aborto', concluyó tajante y satisfecha. El sereno abogado comenzó a tartamudear, no podía creer lo que estaba oyendo. Habló en el instante, delante de nosotras con una colega y le pidió que deje el contrato que estaba preparando, que luego le explicaba. A los pocos años de esta historia, el abogado Marcelo Peña fue uno de los defensores del sacerdote Christian Von Wernich, condenado a prisión perpetua por su complicidad con los crímenes de lesa humanidad en la 'Causa Camps' en la provincia de Buenos Aires. Fue también por responsabilidad de Peña que se conoció la noticia de la realización del aborto a Laura antes de lo que habíamos evaluado como oportuno, a pesar de que Verónica especialmente le había pedido que respetara sus tiempos para hacer pública la nueva situación. Con el alto nivel de impacto mediático del caso, sabíamos que era necesario ser muy cuidadosas con la información. Por el avance de la causa penal por el abuso sexual, pero también por el accionar de los grupos anti-derechos que intentaron demandar a Vicenta y a todas las personas que colaboraron.

¿Cuánto vale una primicia de ese tipo en la prensa gráfica o en la TV? ¿Cómo se maneja la información con la que se cuentan hechos de candente actualidad? ¿Quién o quiénes son las o los protagonistas de los shows televisivos? ¿Cuándo un medio o periodista tiene una información con impacto, no hay límites para el uso y la difusión de la noticia? Algunas de estas preguntas se actualizan frente al papel de los medios en el tratamiento de secuestros, de abusos, de violaciones. La experiencia muestra cotidianamente que la sobreabundancia e inmediatez en el manejo de la información puede ser una potencial fuente de desinformación y conllevar un riesgo que comprometa

la protección de las personas cuyos derechos están siendo vulnerados. También nos podemos preguntar si las/os periodistas no deberían desde su posicionamiento personal tomar decisiones que ponderen no sólo la primicia y la espectacularidad. Cabe destacar en ese sentido el compromiso de muchas/os periodistas que todo el tiempo cotejaban y pensaban con la familia y con nosotras, si era conveniente o no contar tal o cual detalle de esta historia. La periodista Mariana Carbajal, del diario *Página/12*, especializada en temas de género, decidió "perder" la primicia del aborto de Laura, para proteger la intimidad de la joven y su familia, poniendo por encima de su labor profesional, el compromiso con los derechos y la vida de las mujeres, como ha demostrado a lo largo de su extensa trayectoria.

Otra de las figuras emblemáticas de la defensa "inestricta de la vida" resultó ser el abogado Alberto Solane, quien presentó una causa penal contra Vicenta por "homicidio agravado por el vínculo", que no prosperó al ser rechazada de plano por la fiscal Virginia Bravo, que estaba llevando adelante la investigación de la violación de Laura. Este sensible "defensor de la vida", vocero de la Corporación de Abogados Católicos, publicó varias notas de opinión en el diario *La Nación* para pedir una amnistía a los genocidas de la última dictadura militar.

Es claro que para esos sectores el valor de la vida no es absoluto. Cuenta con obscenas excepciones, que se hacen evidentes en la defensa de genocidas, violadores, torturadores, abusadores y varios etcétera más. Entonces cabe preguntarse - y sospechar-- respecto a por qué se intenta hacer una defensa de la vida del embrión o del feto como un valor absoluto. Las respuestas nos llevan a leer esos posicionamientos desde una apuesta ideológica y política de sesgo integrista, religioso, por más argumentos seculares que utilicen, que forman parte de una estrategia de los fundamentalismos en contra de la autonomía y los derechos de las mujeres, en particular respecto a sus decisiones sexuales y reproductivas.

Es justo cerrar el relato de esta historia con quiénes la hicieron posible. Nada de lo narrado hasta aquí sería posible sin la dignidad, entereza y convicción de las auténticas protagonistas de esta historia: Vicenta, Verónica y Laura, y el marido y el hijo de Verónica. Vicenta una mujer casi analfabeta, terminó la escuela primaria, luego de todo lo sucedido. Quiere hacer el secundario para estudiar enfermería. Quién hoy la ve y la conoció en los

*16 Cuando se denuncia públicamente el accionar de la fiscal Leila Aguilar la procuradora María del Carmen Falbo decide su separación de la causa de violación y la transfiere a la fiscalía de Virginia Bravo, que en dos días detiene al tío político de Laura.*

días “del accidente”, como ella los llama, nota inmediatamente el cambio. Ella dice que ahora es más dura, que piensa más en ella y en los deseos de su hija. Que antes corría todo el día para la necesidad de alguien de la familia, que ya no hace más esto. Si se le pregunta por qué, dice que es porque antes sentía que había venido a este mundo para sufrir y que ese era un destino a soportar. En su historia personal hay abuso infantil, el maltrato y abandono de su marido, el vivir para las prioridades de los demás. Ahora ya no, dice Vicenta. Está planeando las vacaciones con Laura. Desde que está trabajando de auxiliar en una escuela –un puesto que consiguió a partir del pedido que se hizo a gente “amiga”-- se toman vacaciones de invierno y verano. Sigue teniendo, como en aquellos días, una medallita de la virgen de Luján en el cuello, la que asegura fue su protectora en los días de tanto trajinar y dolor, la que logró el mismo día en que se concretaba el derecho de su hija, que fuera un día soleado, hermoso. Para Vicenta esa mañana de sol era un mensaje de Dios, que las estaba acompañando. Que les avisaba que estaba con ellas, que era justo lo que hacían. Él las iba a proteger, justo en ese momento, que estaban enfrentado a tantos impostores en su nombre.

Se pudo leer en la sentencia de primera instancia de la jueza de Menores Inés Siro, “la madre”, al referirse a la joven que llevaba en su cuerpo violado esa gestación que avanzaba. Una vez más podemos pensar ¿Qué es la maternidad?, ¿Qué es ser madre?, ¿Ser madre es lo mismo que gestar? ¿Tener un hijo, es lo mismo que desear un hijo? Parece que para algunos/as un hijo es el castigo por el sexo placentero o forzado. La cara más descarnada de la reacción integrista religiosa nos impone a los hijos como castigo por ser seres sexuados, deseantes, biológicamente predispuesto a gestar. En esta historia se cruzan los dispositivos de la dominación patriarcal de manera exponencial: la violencia machista sin metáfora en la violación del tío, las instituciones que la refuerzan y legitiman con operadores de justicia y de salud que la re-victimizan; las instituciones y discursos religiosos, junto a sus mecanismos para-institucionales, que sostienen en teoría y práctica todo el andamiaje anti-derechos. El cuerpo de esta joven fue presente y símbolo de los cuerpos de las mujeres como territorio de disputa de discursos, instituciones, leyes, costumbres. El territorio privilegiado de una puja conservadora que enfrenta y se resiste al nuevo rol que las mujeres tenemos en la sociedad, que no acepta la igualdad en la diferencia, que no acepta la ciudadanía plena. Hay una inhumanidad latente en esta defensa absolutista de la vida. Hay algo que nos vuelve menos humanos, menos humanas. Pocas veces tenemos la oportunidad de que sea tan explícito y poder sancionarlo.

## ABORTO NO PUNIBLE, DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS: CUESTIONES RELATIVAS A LA SUBJETIVIDAD EN EL CASO L.M.R.

Cristina Zurutuza 17

### I.- Introducción

El caso L.M.R. es muy claro en términos de los derechos conculcados por el Estado; es por eso que un Comité de Naciones Unidas, el de Derechos Humanos (que monitorea el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) dio la razón a las denunciantes y exige al Estado argentino su reparación integral, así como otras medidas de no repetición para casos similares. Estos aspectos, relativos a lo jurídico y al campo de los DDHH, serán analizados en los capítulos siguientes. Por lo tanto, no insistiremos en estos puntos aquí, más que de manera colateral cuando sea necesario para la línea de argumentación.

En la otra punta del dispositivo burocrático del Estado y sus leyes -- que él mismo incumple; en los casos de abortos no punibles, a través de los dispositivos judiciales y de salud --, y de las normas supranacionales de DD.HH. al que el mismo Estado ha adherido, están las personas. En este caso, mujeres. Mujeres casi niñas en ocasiones, mujeres con muchos hijos en otras, mujeres pobres o no tanto, mujeres con pocos recursos o que quieren mantener la privacidad, mujeres sin familias o con entornos opresivos, mujeres discriminadas y sometidas a un poder patriarcal que pretende reinar sobre sus cuerpos y también sobre sus mentes. Mujeres, en fin, de todas las clases sociales y con una diversidad de problemáticas, proyectos personales y entornos familiares y culturales; pero quienes son más victimizadas son aquellas más vulnerabilizadas: pobres, solas, discapacitadas. Esta descripción remite directamente al caso L.M.R. ¿Qué situaciones emocionales deben enfrentar? ¿Cómo las resuelven? ¿Con qué recursos? ¿Cuáles son los límites y las posibilidades de su autonomía personal? ¿Qué papel juega su entorno cercano (familia, amigos/as), comunidad barrial, y el entorno institucional? ¿Y qué marco conceptual utilizar para comprender las situaciones, más allá de la obvia presunción de sufrimiento personal, familiar, del entorno cercano?

Es justamente porque las violaciones a los derechos humanos victimizan a personas

*17 Licenciada en Psicología. Posgrados en Derechos Humanos (EDHH), Psicología Sistémica, integración regional, Psicología Forense. Doctoranda en Ciencia Política por la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Ex Docente universitaria Universidad de Buenos Aires (UBA). Cofundadora de Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) e integrante del Comité Consultivo Regional. Activista feminista en Derechos Sexuales y Reproductivos (DRS) y DDHH género.*

Concretas<sup>18</sup>, es que el petitorio que se elaboró en el caso de L.M.R. incluyó, entre un enorme cuerpo argumentativo, un informe psicológico que fundamentó el reclamo por **daño psíquico**.

Pretendemos analizar aquí algunos conceptos relacionados con el campo de la **subjetividad** de las víctimas que transitan por estas situaciones, en particular L.M.R., una niña discapacitada, violada y embarazada (como producto de esta violación) por parte de su tío carnal. Debido a la extensión limitada del artículo, no entraremos en el debate (amplio y complejo) acerca de qué entienden por subjetividad las diversas corrientes psicológicas; con fines operativos lo tomaremos en sentido **descriptivo**, es decir, las emociones, fantasías, representaciones, proyectos, sensaciones y otros aspectos relativos a la dimensión del psiquismo personal.

Otra dimensión teórica que se toma en el presente artículo es la **perspectiva de género**. Ésta ha construido, a lo largo de su desarrollo en más de 50 años, muchas versiones sobre la construcción de la subjetividad sexuada, dentro del entramado de relaciones de poder que caracteriza el eje de análisis de esta teoría. En efecto y como dice Giroux<sup>19</sup> (1992), la pregunta que ha guiado sus análisis ha sido: "*¿Quién habla en esa teoría; bajo qué condiciones sociales, económicas y políticas formula ese discurso; para quién y cómo ese conocimiento circula y es usado en el marco de relaciones asimétricas de poder?*".

En las primeras conceptualizaciones se solía afirmar que la cultura colgaba (casi como sobre una percha) los roles de género (concebidos de manera jerárquica) sobre cuerpos biológicamente diferentes, pero valorativamente equivalentes. Sin embargo, ya Marta Lamas (1995)<sup>20</sup> define el enfoque de género como un enfoque que devela un entramado simbólico y relacional de poder. Las posteriores teorías posmodernas y deconstructivistas señalan que no es posible pensar en un cuerpo biológico que preceda a la cultura, porque de esta manera se termina en una ontología biologicista. Además, esta primera conceptualización no logra contener a las personas pertenecientes a los grupos de diversidad sexual. Como afirma Fernández, "la experiencia (aún relativa al sexo-género) misma tiene un carácter discursivo. La experiencia es siempre debatible,

<sup>18</sup> El hecho de que las personas involucradas puedan a su vez estar incluidas en colectivos políticos, no invalida la dimensión personal intransferible de cada una de ellas, y el sufrimiento personal-político pero íntimo que puedan padecer.

<sup>19</sup> Giroux, Henry (1992): *Border Crossings. Cultural Workers and the Politics of Education*. Routledge, London.

<sup>20</sup> Lamas, Marta (1995). *Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género*. En La Ventana. Revista de estudios de género No. 1. Universidad de Guadalajara, México.

*siempre política*".<sup>21</sup>

## **II.- Marco conceptual**

El cruce entre género, violencia sexual(izada), subjetividad y discapacidad mental en el marco de los derechos sexuales y reproductivos entendidos como derechos humanos con perspectiva de género es un tema conceptualmente complejo. Involucra, por un lado, cuestiones (acuerdos y disensos) relativas a toda la sociedad donde transcurren; pero por otro, a problemáticas que finalmente siempre afectan el proyecto de vida y las decisiones vitales personalísimas de quienes están involucrados/as. En este sentido, el desafío es trazar puentes entre la esfera de lo individual-privado y lo social-colectivo, tomando en cuenta que desde hace décadas el movimiento feminista cuestionó la disociación entre público-político y privado-intimo. Bajo la consigna "lo personal es político" puso sobre la mesa que el malestar que sufrían las mujeres no respondía a cuestiones personales (cuestión que todavía sigue permeando el discurso sexista cuando se afirma que una mujer que se queja "es una histérica") sino a cuestiones colectivas, al malestar por género, en síntesis, a la subordinación del colectivo de las mujeres y el género a los valores y normas patriarcales.

La violación sexual es un campo fuertemente condicionado por estos patrones diferenciales, jerárquicos y binarios que rigen sobre la sexualidad.

### **II.a. - Subjetividad, sexualidad y derechos humanos.**

Los derechos humanos son parte del sistema jurídico, en este caso internacional (o regional, en su caso). Si lo jurídico puede ser concebido como un dispositivo creado por las sociedades humanas para regular el conflicto social y contribuir al disciplinamiento de colectivos y personas, que refleja en cada caso los acuerdos socio-culturales de una sociedad en determinado momento histórico, y donde obviamente se reflejan las luchas y la relación de poder de cada sociedad, los derechos humanos pueden ser vistos además como un marco ético que la humanidad crea en el siglo XX para lograr acuerdos globales, regular conflictos, atenuar injusticias y proteger a las poblaciones más vulnerabilizadas. Así, se buscó proteger los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos difusos (medioambiente, desarrollo, paz). Las mujeres, como colectivo social, son visibilizadas por el sistema en la década del 70, cuando Naciones

<sup>21</sup> Fernández, Josefina. "Los cuerpos del feminismo. Las zonas de conflicto entre el movimiento trans y los movimientos gay, lésbico y feminista". En: *Actas del Seminario: "en Debate a partir de los derechos sexuales y los derechos reproductivos"*. Ed. por la Comisión Convención DSR. [www.con-vencon.org.ar](http://www.con-vencon.org.ar)

Unidas lanza “el Decenio de la Mujer” para promover su desarrollo equitativo y su integración social en igualdad. En este camino, se encontraron numerosos obstáculos dado que toda la arquitectura social descansaba en la discriminación, la explotación o la subordinación de las mujeres.

Los derechos sexuales y reproductivos fueron una frontera a este avance durante muchos años, y por ello estos derechos ingresaron tardíamente a los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos. Es que la sexualidad se concebía a la manera del varón dominante fálico (blanco, de clases acomodadas, heterosexual, etc.) y regía – hasta bien entrada la primera mitad del siglo XX – un marcado doble standard moral para la sexualidad. A los varones se les permitía y hasta se les alentaba conductas que estaban prohibidas para las mujeres. La llamada “revolución sexual” de los 60, unida a las nuevas tecnologías anticonceptivas y los reclamos de mayor libertad por parte de las mujeres, modificaron ese panorama. Sin embargo, señalaremos aquí brevemente que este cambio no ha sido completo y muchos prejuicios sexistas siguen vigentes en el campo de la sexualidad; y esto se ve reflejado en los instrumentos de DDHH, ya que todavía – en los documentos oficiales de conferencias y tratados de las Naciones Unidas - los derechos sexuales se omiten o subsumen en los derechos reproductivos.

En efecto: desde hace siglos, la esfera de lo reproductivo tendió a englobar, subsumir y por lo tanto oscurecer e invisibilizar el campo de lo sexual. No solamente porque así ha sido la tradición y la realidad de la cultura occidental moderna, que hace la ecuación mujer = madre; y se ha basado en un pensamiento binario (varón-mujer, dejando de lado otras identidades sexuales) sino porque el mismo campo de la sexualidad se resiste a la normatización, más allá que en este caso, las normas puedan ser consideradas protectoras de la sexualidad como dimensión constitutiva de los seres humanos.

Hoy, el concepto de derechos sexuales se encuentra en construcción a partir de las reivindicaciones de las mujeres y también de los grupos de la diversidad sexual, I@s sujet@s hasta ahora discriminados como desviados de la normalidad. También por las demandas por el derecho al aborto, que ponen en cuestión el supuesto instinto maternal femenino <sup>22</sup> (ver más adelante).

*22 El tema del aborto está en el centro de estas cuestiones en tanto remite a la decisión de las mujeres sobre su propio cuerpo, al ejercicio de su autonomía personal para definir su proyecto de vida, a la decisión de dominio sobre un cuerpo que, portador de un embarazo que no es sentido como hijo, puede ajenizarse de los deseos. Es por ello que en América Latina y el Caribe existen numerosos movimientos de lucha para el logro del aborto legal, seguro y gratuito.*

Es en la IV Conferencia Mundial de Población de la ONU, de Cairo (1994), que por primera vez se nombra con estas palabras a los derechos reproductivos en un documento de Naciones Unidas (los sexuales todavía esperan resonar entre sus paredes), aunque ya en la Conferencia de Teherán (1968)<sup>23</sup> se establece el derecho de las personas y las parejas para decidir libremente el número de hijos y su espaciamiento. Como afirma el Consorcio Nacional de Derechos Sexuales y Reproductivos (Concers)<sup>24</sup>, no constituyen un concepto acabado; de hecho, varían según épocas y geografías culturales. Lo que hoy llamamos derechos reproductivos es una construcción jurídica más (como el resto de los instrumentos de derechos humanos), creada para facilitar la elaboración de políticas públicas destinadas a cubrir las necesidades de las personas cuando ejercen sus derechos en el campo de la sexualidad y la reproducción. Dado que somos seres sexuados y tenemos la potencialidad de reproducirnos, necesitamos servicios para lograr los más altos estándares en salud y autonomía de decisión.

En otras palabras: los derechos sexuales y reproductivos son un andamiaje jurídico que debe garantizar ***pisos mínimos para la autonomía y los requerimientos de las personas en las sociedades actuales***. La sexualidad y la reproducción han venido ocurriendo con o sin permisos, eludiendo o cristalizando opresiones internas y externas, ejerciendo opciones, siempre en tensión con otras demandas sociales. Por eso, una primera afirmación debe quedar clara: ***los derechos sexuales y reproductivos se refieren a la esfera de la sexualidad y de la reproducción, pero no la agotan: sólo establecen un piso para facilitar su ejercicio en el marco igualitario del respeto por la diversidad humana***.

El Estado, pues, debe garantizar los servicios necesarios para ejercer estos derechos, e incluir métodos anticonceptivos, asesoría y consejería, trato adecuado, información en tiempo y forma, escucha atenta, servicios de calidad con perspectiva de género que respeten su autonomía, esto es, que respeten la capacidad de decisión de usuarios/as de los servicios de salud. Y, según la normativa vigente, incluye también el derecho a abortos no punibles, es decir legales, bajo ciertas condiciones establecidas en el art. 88 del Código Penal. Este aborto es llamado aborto no punible (ANP) o aborto legal. Este es el caso de L.M.R., ya que a mediados de 2006, cuando su familia solicitó que se le practicara un aborto, la joven entraba en esta disposición por presentar un cierto

<sup>23</sup> Primera Conferencia Mundial de DDHH de Naciones Unidas, 22 de abril al 13 de mayo de 1990.

<sup>24</sup> Zorazuza, Cristina (2005) *Los derechos sexuales y reproductivos como Derechos Humanos*. Edición Concers, Buenos Aires. [www.concers.org.ar](http://www.concers.org.ar)

déficit intelectual<sup>25</sup>. Vale la pena resaltar asimismo que se está produciendo de manera creciente, jurisprudencia a favor de que se considere dentro de ese marco de no punibilidad, **todos los casos de violación** (sin necesidad de que la embarazada sea "idiota o demente"); la actual Guía Técnica para la Atención Integral de Abortos no Punibles del Ministerio de Salud de la Nación (versión 2010)<sup>26</sup> así lo dispone, del mismo modo que el Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales, elaborado por la misma cartera y presentado por las autoridades sanitarias a mediados de diciembre de 2011<sup>27</sup>.

## II.b.- El cuerpo sexuado, eje de la identidad y constitutivo de la subjetividad.

### Efectos de la violencia sexual(izada).

La psicología afirma que la sexualidad, en sentido amplio (entendido como placer corporal-emocional), es el **eje integrador de la identidad**, desde el nacimiento hasta la muerte. Estas experiencias de placer ligadas al cuerpo favorecen la diferenciación subjetiva entre yo no yo, placer/displacer, adentro/afuera, etc. Construyen un cuerpo sexuado, sobre el que se asienta una identidad sexuada. La sexualidad en sentido amplio remite a toda experiencia de placer, dado que excede (es más amplia) que la estricta genitalidad, y aún en ocasiones puede ser sublimada y abarcar actividades simbólicas como la producción artística, intelectual, etc. La economía del aparato psíquico requiere fuentes de placer para mantener la salud y el equilibrio mental.<sup>28</sup>

Por eso, todo ataque violento (sin consentimiento) a la intimidad, basado en actos visuales, táctiles, verbales, etc., con o sin introducción de partes del cuerpo del agresor o de objetos extraños en el cuerpo de la víctima, todo acto o mirada que ponga en juego sentidos sexualizados-genitalizados no autorizados por su destinatario/a, son sentidos por la víctima como una agresión sexual porque su cuerpo sexuado y su sentido de sí mismo/a es violentado. Por eso preferimos el término "violencia sexual(izada)", ya que invoca la idea de que se trata de un acto violento que se vehiculiza a través de un accionar genitalizado. Por lo tanto, la violación sexual(izada) no sólo es un ataque al cuerpo y a la sexualidad de la víctima, sino fundamentalmente a la persona en su

<sup>25</sup> Art. 86 inc. 2 Código Penal argentino

<sup>26</sup> Es importante saber que existen dos versiones de esta Guía, la de 2007 y una revisión del año 2010. (disponible en <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-14eb.pdf>) Es esta última que considera que todos los casos de violación pueden entrar en el Art. 86 del Código Penal.

<sup>27</sup> Disponible en

[http://www.msal.gov.ar/saludsexual/documentos/guia%20p%20cuidados%20Protocolo\\_Violencia\\_Sexual.pdf](http://www.msal.gov.ar/saludsexual/documentos/guia%20p%20cuidados%20Protocolo_Violencia_Sexual.pdf)

<sup>28</sup> Freud, Sigmund "El Malestar de la Cultura" entre otras obras. Obras Completas. Amorrortu Buenos Aires.

integridad, dignidad y libertad. Es una expresión del poder patriarcal sobre un cuerpo al que considera disponible o dominable.

Si bien abordamos aquí la dimensión de la subjetividad, ésta no se encuentra dissociada de la dimensión social de la violación. Tampoco es deseable reducirla sólo a lo jurídico y psicopatológico. Nuestra premisa es que, como organizaciones que luchan por los derechos de las mujeres, debemos hacernos cargo de que la violación es un problema social y político. En este sentido, no es posible dissociar la violencia sexual(izada) de la violencia institucional, política, económica, mediática, simbólica, etc., que aparece de manera cada vez más visible en nuestras sociedades. Queca el interrogante acerca de si esta época histórica *es más violenta* que otras pasadas, ya que no contamos con indicadores ni marcos conceptuales para esta evaluación. Lo que sí resulta evidente es que es omnipresentemente visible y utilizada políticamente, como los hechos del 11 de setiembre de 2001 en Nueva York.<sup>28</sup>

Afirman Dhayana y Luz (2006): *“Independientemente del motivo que tenga el violador, la víctima experimentará sentimientos y sensaciones que cambiarán su vida y su entorno. Se siente desamparada, impotente, al borde de la muerte. La naturaleza amenazante de la situación es altamente traumática, así como la sensación de pérdida de control que experimenta la persona sobre su vida y sus actos. La violación mina la integridad de la mujer como persona y destruye temporalmente su sentido de autonomía. La mujer violada se siente, como lo dijo una víctima “viviendo su propia muerte”, al mismo tiempo que vivencia ser el objeto sobre el cual el agresor descarga masivamente su ira. En el momento de la violación, sostiene Campos (1993) se impone el miedo a la muerte, a la injusticia física y a perder partes del cuerpo. La vivencia psicológica consiste en experimentar como muerta partes de sí misma, sentir como irreparable el daño ocasionado y pensar que la vida nunca volverá a ser como antes. Al ocurrir la violación, el pánico impide a la víctima utilizar sus mecanismos habituales de interrelación con el mundo. Su autoestima se afecta notablemente y cambia la imagen de sí misma.”*

Existe acuerdo entre los/as investigadores/as acerca de que el violador transgrede los límites corporales como forma de atacar la autoestima, la autonomía y la libertad de la víctima; de allí que éstas, sea cuales fueren su modo de vida, cuestionen su forma de vivir, las actividades que realizan, su manera de pensar. Posteriormente a los hechos, el

<sup>28</sup> La violación sexual(izada) contra mujeres también es fuertemente visible en los conflictos armados, aunque el sistema profiere invisibilizarla. Véase el libro *“Grietas en el Silencio”* (2011) ([www.cladem.org](http://www.cladem.org)) que trata sobre las violencias sexual(izadas) en el contexto del terrorismo de Estado en Argentina.

sentimiento de culpa muchas veces desplaza al miedo y la víctima cae víctima del auto reproche: ¿No habría podido resistirse más? ¿No habría podido hacer algo para evitarla? Este mecanismo, de clara raíz patriarcal, refleja la convicción social de que la sexualidad femenina es un campo "sagrado", vinculado al honor de su familia, de la cual es responsable bajo la pena de ser **culpable del deshonor familiar**. Recordemos que hasta hace poco más de una década la violación o abuso sexual estaba, en el Código Penal argentino, bajo el título "Delitos contra la honestidad".<sup>30</sup> También existe, y continúa parcialmente vigente, el mito social de que nadie puede ser violado contra su voluntad. Según investigaciones<sup>31</sup>, la culpa es una de las razones fundamentales por las cuales las mujeres no denuncian este delito. Las otras razones guardan relación con el trato social, policial y legal que se le otorgue a la víctima, en los cuales está presente, de manera abierta o disimulada, el cuestionamiento a la conducta de la mujer.<sup>32</sup>

Las consecuencias psíquicas son personales y diversas. Para comprenderlas a cabalidad es necesario un marco o contexto *clínico*, individualizado: etimológicamente la clínica implica *inclinarse* ante el lecho de quien sufre. Pero algunas constantes pueden ser señaladas:

*Según Almonte y Ruiz,<sup>33</sup> "En la víctima la experiencia del abuso sexual puede repercutir negativamente en su desarrollo psicosexual, afectivo social y moral. En algunas oportunidades las consecuencias del abuso pueden permanecer y reactivarse en el curso de la vida de la víctima. Consideramos como abuso sexual infantil (ASI) toda actividad sexual impuesta, motivada consciente o inconscientemente en el abusador, quien ejerce poder físico o psíquico sobre la víctima, la que por su edad no siempre está en condiciones de comprender lo inadecuado de esta actividad. El abusador, con mayor frecuencia, es un varón adulto (... quien) busca preferentemente complacer sus propias necesidades sexuales inmaduras e insatisfechas, en tanto la víctima percibe el acto como abusivo e impuesto. En los ASI intrafamiliares la situación, con frecuencia, es precedida de juegos seductores o de situaciones de privilegio para la víctima, lo que representa para ésta una situación confusa y ambivalente.*

<sup>30</sup> Modificado por reforma legal, en 1999, a un nuevo título: "Delitos contra la integridad sexual".

<sup>31</sup> Schwendiger y Schwendiger (1980) realizaron una serie de investigaciones según las cuales la culpa es la causa central de la falta de denuncia del delito de violación.

<sup>32</sup> Silva Dagnano y Samozá Luz. "Fluctuaciones del Concepto de violación". Asociación Venezolana de Psicología Jurídica. Escuela de Psicología, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

<sup>33</sup> Almonte, Carlos; Insunza, Corla; Ruiz, Cecilia (2002) "Abuso sexual en niños y adolescentes de ambos sexos." *Revista chilena de neuro-psiquiatría* vol. 40 N°1 Santiago de Chile enero 2002.

[en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92272002000100090&script=sci\\_arttext&lng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-92272002000100090&script=sci_arttext&lng=en)

(Subrayado nuestro).

En el caso de L.M.R., los hechos indican que la violación fue completa, ya que su resultado fue un embarazo. Fue el abuso sexual(izado) de un familiar directo (tío carnal) sobre una niña discapacitada que no comprendía la dimensión total del acto y, por lo tanto, no pudo consentir con el mismo; mucho menos pudo decidir acerca de ser madre como producto de él. Los efectos en la subjetividad de L.M.R. se han recopilado y sistematizado en el Informe de Pericia Psicológica (ver más abajo), y habiendo decidido que se preservarán detalles personales para protección de la víctima, nos atenemos a lo que en él se describe. Sólo podremos mencionar que, por ser una niña con déficit mental, los efectos de la violación pueden ser asimilados en parte a los efectos de la violación en niñas – con sus diferencias -. A ello se sumó el maltrato estatal cuando le fue negada una atención adecuada en tiempo y forma.

### II.c.- Maternidad, derechos humanos y subjetividad

Tal como lo enuncian varios instrumentos de derechos humanos (CEDAW-PDCCP), *la vida reproductiva afecta de manera diferencial a varones y mujeres*. Esto es verdad para todas las mujeres, independientemente de su elección sexual y de la identidad de género elegida.<sup>24</sup> También las mujeres con identidades alternativas (trans, lesbianas, travestis etc.) son vistas por la sociedad como las principales responsables de los hijos/as que hayan tenido por cualquier proceso o situación<sup>25</sup>. Por el contrario los varones, independientemente de su identidad de género, no son vistos por la sociedad en el mismo rango de responsabilidad frente a sus hijos. Aunque en los hechos vemos que madres y padres pueden abandonar a sus hijos/as, el abandono materno es visto como “sinistro” e inadmisibile; en cambio, el abandono paterno ha ingresado como algo naturalizado en lo cotidiano para todas las clases<sup>26</sup>. Los mandatos culturales predominantes siguen dando por sentado que son ellas quienes deben “maternizar” – es decir, brindar los cuidados primarios, sobre todo en la primera infancia - a los nuevos *infans*. Esto genera un deslizamiento de sentido: **todo embarazo es un hijo**.

Sin embargo, como bien saben las mujeres, esto no es cierto. Para que sea un

<sup>24</sup> Si bien sigue siendo temas de debate, las identidades de género no tradicionales (varón-mujer) también se ven sometidas a la misma regulación cuando se concreta un embarazo.

<sup>25</sup> Por ejemplo: hijos concebidos por relaciones heterosexuales, por inyección artificial o cualquier técnica de fertilización asistida – incluido el alquiler de vientres -, o por adopción.

<sup>26</sup> Mientras en sectores pobres el abandono puede ser total (afectivo y material), en clases ricas el cuidado y el afecto puede (o no) ser “compensado” a través de recursos de dinero hacia ciertos hijos/as.

hijo/a, un embarazo debe ser *investido* por el psiquismo de quien lo porta, es decir, debe ser cargado por un deseo (consciente o inconsciente) de hijo, o, en otras palabras, de *maternizar* ese embrión o feto. "Maternizar", según todas las teorías psicológicas, implica no solamente brindar cuidados materiales como alimento y abrigo, sino fundamentalmente *cuidados emocionales* que tienen por función y efecto "humanizar", es decir, transformar en seres humanos capaces de funcionar socialmente y vivir plenamente, a seres indefensos e incapaces de hacerlo por sí mismos.

A lo largo de una larga moratoria psicosocial que en la actualidad abarca al menos dos décadas, *el infans* debe adquirir la cultura, el lenguaje, los sucesivos estadios de la inteligencia hasta las habilidades simbólicas superiores, la ética y valores predominantes en su sociedad, y también debe aprender a tomar decisiones, a elegir, a trabajar (creativamente), a amar (de manera placentera y no dependiente). La extensión de este periodo de crianza-maternaje se corresponde, pues, con la complejidad de la subjetividad humana, y como anunciamos más arriba, se encuentra predominantemente adscripto a la función maternal, a que un ser humano mujer que cumpla el rol de *madre*. Es por estas razones que resulta fundamental que una mujer que porta un embarazo *quiera, tenga deseo* de ser su madre. Esta compleja tarea emocional no puede hacerse por la fuerza, tal como quieren imponer grupos fundamentalistas que limitan las opciones autónomas de las mujeres sobre su reproducción. Implica, además de tareas materiales de cuidado (habituales a lo largo de la infancia), *tolerar, elaborar y devolver* al *infans* emociones muchas veces arcaicas.

La mujer en rol de madre revive estadios tempranos de la propia niñez, y emociones (muchas veces ambivalentes y conflictivas) relacionadas con el vínculo con la propia madre, y también con el padre, con sus imágenes internas, más allá de que estén presentes o ausentes físicamente. Implica tolerar un vaivén de demandas, requerimientos y exigencias que muchas veces no admiten demoras, y por las cuales debe postergar necesidades propias: algunas implican la exigencia de proximidad, otras de distancia. En otras palabras, y sobre todo en los primeros años, *maternar un infans* y permitir-alertar su crecimiento, implica, para quien ejerce la tarea maternal, tolerar la dependencia de otra persona (*indefensa e incapez*) de sí misma; y al mismo tiempo, aceptar y tolerar su progresivo alejamiento a medida que crezca.

El "maternaje" es pues un fenómeno complejo y requiere un complicado entretrejo de fenómenos subjetivos y objetivos, materiales y simbólicos, que en gran medida se

encuentran naturalizados y forman parte del imaginario social de la imagen de "madre"<sup>37</sup> y que no sólo debe asegurar la vida biológica del bebé, sino la progresiva construcción de su aparato psíquico.

Resulta en este punto evidente las razones que impiden forzar a una mujer a **llevar adelante un embarazo que no desea o que no puede contener**. Nuestra sociedad requiere todo esto de las "madres" como requisito para auto reproducirse, pero **naturaliza, privatiza y oculta las bases materiales y las condiciones de posibilidad** para que las mujeres-"madres" puedan hacer esta tarea. Esta "convicción social" está en la base de la exigencia de que todo embarazo se lleve adelante hasta el nacimiento; y también operó en el caso de L.M.R., tanto en el sistema jurídico como en el de salud, en los medios de comunicación y en grupos sociales fundamentalistas, así como en la familia paterna. Operó con tal fuerza, que no se tuvo en cuenta que L.M.R. no había podido decidir ni sobre el acto sexual, ni sobre su embarazo. Por lo tanto, no podía decidir ser madre.

Nuestras sociedades y Estados delegan a las "madres" esta responsabilidad, pero no se responsabilizan por las condiciones que ellas requieren para hacer este *trabajo*, que por supuesto no se visualiza como tal (trabajo) sino como una "misión" inefable, maravillosa y personalísima, que depende casi exclusivamente de ellas y de su "amor maternal". Amor maternal que ha sido puesto fuertemente en entredicho por muchas investigadoras feministas, entre ellas Elisabeth Badinter<sup>38</sup>, quien a partir de analizar la institución de la "nodriza" en la Francia y Alemania de los siglos XVIII y XIX, muestra que una enorme proporción de recién nacidos morían – en algunas regiones europeas – sin pena ni gloria. Muestra así cómo la vida de los hijos puede depender de costumbres sociales que relativizan por completo el supuesto amor maternal. Así comienza su libro:

*"Transcurre el año 1780: «El lugarteniente de policía Lenoir constata, no sin amargura, que sobre los 21.000 niños que nacen por año en París, apenas 1000 son criados por sus madres. Otros 1000, privilegiados, son amamantados por nodrizas en la casa paterna. Todos los demás pasan del seno materno al domicilio más o menos lejano de una nodriza a sueldo.»* Un detalle perturbador es que en el traslado hacia la casa de la nodriza, habitualmente en carros tirados por caballos, muchos bebés caen y mueren sin que nadie se percate.

<sup>37</sup> *En adelante y a lo largo de este trabajo, la palabra "madre" abarca a cualquier persona que cumple estas funciones para un bebé.*

<sup>38</sup> *Badinter, Elisabeth (1981) ¿Existe el amor maternal? Barcelona, Paidós.*

Es decir, en el caso de L.M.R. el Estado actuó como si todas estas dimensiones no existieran, y el embarazo determinara, por sí mismo, una madre. Sin embargo, debemos afirmar una vez más: **no todo embarazo porta un hijo.**

#### **II.d.- Subjetividad y discapacidad**

La discapacidad ha sido definida desde un mundo autodenominado como "capaz" o "normal", universo de representaciones abstractas, profundamente discriminatorio en tanto refiere a una supuesta perfección de las habilidades humanas cuyos portadores se erigen en "modelo" de ser humano. Los conceptos subyacentes reconocen un tronco común para el racismo, el sexismo, el antisemitismo, la xenofobia, la lesbofobia, es decir, la discriminación hacia otro amenizado. En fin: vuelve a aparecer el patrón cultural (fálico, de raza blanca y poderoso) dominante. La persona que cae por fuera de los comportamientos o repertorios de habilidades reputado como deseable o valorado, es "discapacitado". Haciendo un ejercicio inverso, vemos que el entorno sociocultural discapacita a las personas en la medida en que no toma en cuenta ni respeta sus diferencias respecto a este repertorio "ideal". En términos más o menos ideales, una cultura capaz de tomar en cuenta estas diferencias podría incorporar con plenitud a todas las personas, sin importar el tipo o cualidad de sus diferentes capacidades, y disponer si fuera necesario las ayudas o cuidados particulares que requiriesen. En la actualidad todavía estamos muy lejos de esto.

Debido a ello, los sistemas internacionales y regionales de DD.HH. diseñaron estrategias para su protección. Como afirma el sitio oficial de Naciones Unidas que habla del tema: *"En un mundo perfecto, los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos serían suficientes para proteger a todos. Pero en la práctica, a ciertos grupos, como las mujeres, los niños y los refugiados, les ha ido mucho peor que a otros y las convenciones internacionales tienen por objeto proteger y promover los derechos humanos de tales grupos. Del mismo modo, los 650 millones de personas con discapacidad —alrededor del 10% de la población mundial— carecen de las oportunidades que tiene la población en general. Se enfrentan a un cúmulo de obstáculos físicos y sociales que les impiden recibir educación; conseguir empleo, incluso cuando están bien cualificados; tener acceso a la información; obtener el adecuado cuidado médico y*

39 <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/genda.html>

sanitario; desplazarse; integrarse en la sociedad y ser aceptados.<sup>37</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU data del año 2006; es decir, es de muy reciente factura. Es interesante resaltar el proceso de su elaboración y aprobación, ya que fue extremadamente participativo, una metodología poco común para este tipo de instrumentos internacionales<sup>38,41</sup>. Estuvo precedida por una anterior, del sistema interamericano (OEA): Convención Interamericana para la Eliminación De Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, del año 1999<sup>42</sup>, mucho más corta, que fue incorporada al derecho interno argentino por Ley Nacional 25.280<sup>43</sup>.

El mundo de las personas con discapacidad es diverso y podríamos decir que abarca, como dijimos, todas aquellas personas para las cuales no fue diseñado el mundo a nivel material y/o simbólico. La Convención de Naciones Unidas antes mencionada habla de "personas con discapacidad", definiendo en forma paralela su derecho a no ser discriminadas.

*"Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables:*

*Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran, en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"; (art 2).*

**"Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en **todas las cuestiones****

<sup>37</sup> En efecto, la Asamblea General estableció en 2001 un Comité Especial para negociar la Convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002 y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en forma de texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones interacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los DD/HH.

<sup>38</sup> <http://www.un.org/spanish/da/ib/ities/convention/qanda.html>

<sup>42</sup> Suscripta en Guatemala, República de Guatemala, el 8 de Junio de 1999. Consta de 14 artículos.

<sup>43</sup> Aprobación de La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra Las Personas con Discapacidad. Promulgada el 6 de julio 2000.

**relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad** y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en **igualdad de condiciones con las demás**, a fin de asegurar que (...) b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a **decidir libremente y de manera responsable** el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar **apropiados para su edad**, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos...” (art. 23) (Subrayado nuestro).

En el caso de L.M.R., el expediente jurídico especifica que su discapacidad es de *carácter mental*. Este término no es algo simple y unívoco, sino que se incluyen sujetos de inteligencia dispar, con etiologías muy diversas y con sintomatologías tan distantes unas de otras que resulta poco científico la admisión de un síndrome unitario<sup>44</sup>. Sin embargo, resulta cierto que algunas personas que pertenecen a este grupo necesitan asistencia especial para desarrollar algunos aspectos de sus vidas. L.M.R. asistía a una escuela especializada, desarrollaba sólo un abanico limitado de actividades (restringidas a ámbitos conocidos, como se verá abajo en el Informe Psicológico), y, consecuentemente, tenía su capacidad de autonomía restringida. Debido a ello, L.M.R. tenía designada una tutora legal: su madre, Vicenta, quien era responsable de tomar aquellas decisiones para las cuales L.M.R. no estaba preparada.

Esto fue aprovechado por un adulto sin discapacidad, su tío, para violarla mediante engaños, ya que el entorno de su casa y familia, así como él mismo, era un ámbito conocido para L.M.R. Ella no pudo decidir, ya que no llegaba a comprender en cabalidad, lo que significaba la relación sexual, y por lo tanto el consentimiento se presupone (para la ley argentina) como nulo. Tampoco pudo tomar decisión activa sobre ser madre; el embarazo le fue impuesto por un varón que abusó de esta situación y, además de violarla, no tomó precauciones para evitar un posible embarazo. Por ello, la encargada de tomar esta decisión fue su tutora y madre, Vicenta.

Otros párrafos significativos de esta Convención reconocen aspectos sustantivos para la toma de decisiones y el diseño de políticas públicas, así como de la atención por parte del Estado, de las personas con discapacidad. Por ejemplo: (todos los resaltados en los párrafos a continuación, son nuestros).

<sup>44</sup> Además, sabemos (Foucault, 1989) que la psiquiatría, bajo ciertas condiciones, puede ser un dispositivo disciplinador más, en particular cuando opera en contra de estas disposiciones que buscan ampliar derechos a todos los seres humanos.

*“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que **evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras** debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás<sup>45</sup>.*

*Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su **autonomía e independencia individual**, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones<sup>46</sup>.*

*Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad **suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar**, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación<sup>47</sup>.*

*Subrayando la necesidad de incorporar una **perspectiva de género** en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad<sup>48</sup>.”*

### III.- El “caso” L.M.R.: la pericia psicológica

#### a. Daño moral y daño psicológico

En este litigio, las peticionarias decidimos presentar la cuestión del daño psíquico que sufre la víctima, además del daño moral que el sistema jurídico presupone inevitable en todo tipo de violencia y particularmente en la violencia sexual. Fue una decisión que buscó no solamente visibilizar el sufrimiento psicológico en el marco de eventos dañosos que son protegidos por el marco internacional de los DD.HH., sino proteger a la víctima a través de solicitar la reparación pertinente a este punto específico.

El "Daño Moral", es un constructo jurídico, proveniente del Derecho Francés - "Domages Morales", que se origina a comienzos del siglo XX. Es conceptualizado actualmente como "*aquel perjuicio sufrido por una persona en su dignidad, (...) la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen en sus más gratos afectos*". Se trata de "*alteraciones en la tranquilidad de espíritu, libertad individual, etc.*" es decir, elementos que **no son**

<sup>45</sup> *Ibidem*. Preámbulo punto e)

<sup>46</sup> *Ibidem* preámbulo punto n)

<sup>47</sup> *Ibidem* preámbulo punto q)

<sup>48</sup> *Ibidem* preámbulo punto s).

**susceptibles de evaluar por la psicología.** Son todos aquellos que constituyen el llamado "sufrimiento normal". Es decir, aquellos trastornos emocionales que han sido transitorios y han cursado *sin dejar secuelas incapacitantes*<sup>49</sup>. No requiere ser probado.

Por su lado, el constructo psicológico-jurídico de "Daño Psíquico" engloba a toda aquella alteración psíquica que afecta a una persona. Según las bases del Derecho, una persona es aquel ente con capacidad de contraer obligaciones y la capacidad de gozar de los derechos que no le sean privados por actos jurídicos. En este sentido, el daño a las personas puede ser conceptualizado como aquel tipo de alteración que le impide a una persona ejercer un derecho. De esta forma, todo daño a una persona será posible de ocasionar dos tipos de incapacidad:

a) Física: resarcible según baremos médicos

b) Psíquica: resarcible de acuerdo al tipo de derecho que le hubiera incapacitado de ejercer.

Siendo que el ser humano es un animal de relación, se ha definido al Daño Psíquico como *"la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social, o la "perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio recedente del damnificado"*. Se configura *"mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración al medio social"* (conf. CN Civil, Sala F, del 15/5/1996 in re". Corzo de Candreva c/Blanco, Rafael; s/daños y perjuicios"; etc.; entre otros).

En cualquier caso, se trata de una alteración novedosa en la vida psíquica del damnificado, que puede expresarse como un agravamiento de una patología de base, y que puede cursar en forma transitoria o temporal, pero que necesariamente debe afectar su vida de relaciónso.

En los litigios internacionales, la demanda por daño psíquico o psicológico no ha sido la regla. Una vez más, se evidencia la brecha entre la conceptualización político-

<sup>49</sup> Risso, Ricardo Ernesto. *"Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial"*. Cuadernos de Medicina Forense. Año 1, N°2. Pág.67-75. Mayo 2003.

<sup>50</sup> En síntesis, el Daño Moral no es lo mismo que Daño Psíquico. El primero es evaluado por el Juez en base a lo perjudicial que se considere para el honor de una persona el suceso vivido, en cambio el segundo, es comprobable por medios de prueba que indiquen en qué se vio afectado el psiquismo (y por ende, el comportamiento), de un sujeto por ese mismo

colectiva de los instrumentos internacionales de DD.HH., y los padecimientos individuales que estos mismos DD.HH. debieran contemplar. En el caso L.M.R., la decisión de incluir en el petitorio un acápite que fundamentara resarcimiento por daño psíquico o psicológico obedeció al convencimiento de que es necesario visibilizar e incluir progresivamente este aspecto en los litigios internacionales.

#### Síntesis del informe psicológico presentado ante el CDH

Como parte del petitorio de L.M.R ante el Comité, se presentó un informe de pericia psicológica, en base a una entrevista técnica realizada sobre la joven en abril de 2007. Su contenido fue retomado por el Comité, a la hora de elaborar su dictamen, específicamente en sus fundamentos. Al momento de la pericia L.M.R. había cumplido 19 años de edad (fecha de nacimiento 4 de mayo de 1987). Estaba acompañada por su madre, Vicenta Avendaño, de 52 años, quien tiene otra hija (mayor de edad, al momento del informe casada, con un hijo pequeño). A continuación se presenta una síntesis del informe. Se omiten detalles que no sean estrictamente relevantes para el caso, de modo de proteger su intimidad.

*Antecedentes:* L.M.R. había sido diagnosticada previamente, en varias instancias del sistema de salud público argentino, y también en espacios jurídicos<sup>51</sup>, como portadora de un *déficit mental moderado permanente*, probablemente desde su nacimiento, que le permite realizar de manera limitada algunas actividades, pero le impide tener plena conciencia sobre otras. Este cuadro implicaba una edad mental inferior a su edad cronológica, la que fue fijada en varios estudios en alrededor de 8 años de edad. Si bien esta comparación con un niño no resulta afortunada – en la medida en que una adolescente con déficit intelectual no es un/a niño/a – ayuda a tener presente que *“existen alteraciones en el proceso cognoscitivo; la capacidad comprensiva está disminuida, no comprende el significado de la mayoría de las palabras,(...) inmadurez psicosexual (...) pudiendo realizar trayectos cortos a lugares conocidos, dentro de un área determinada. (...) Respecto a la sexualidad, se infiere cierto desconocimiento con anterioridad a la presente intervención; su madre fue quien le brindó la información correspondiente (...) ante las pregunta sobre la violación... respondió “es una palabra que me dijo mamá*

<sup>51</sup> *Historias Clínicas del Hospital Zonal Gral de Agudos Dra. Cecilia Grierson, Lanús, junio 2005; Unidad Sanitaria de Guernica, julio 2006; Perito Psicóloga del Tribunal de Menores – Lic. Susana Beatriz Kornos -, obrante en el expediente judicial de LMR; perito médico policial, citado en el dictamen de la Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, entre otras.*

(*tex*)<sup>52</sup>.

*Informe psicológico*: Describe la actitud de L.M.R. en la entrevista como retraída, temerosa, ligeramente desconfiada, hablando poco; aunque no comprende con exactitud los motivos por los que se halla en la entrevista, pueden reconstruirse una serie de síntomas que se instalaron a partir de la violación, el embarazo y el posterior aborto; incrementándose el retraimiento, la angustia, la falta de comunicación y una serie de síntomas que globalmente refieren a un cuadro de *stress postraumático*<sup>53</sup>. Se incrementó asimismo la dependencia hacia su madre y la evitación de las cercanías de la vivienda de su tío – quien fue el autor de la violación -. Esto produjo un corte de lazos afectivos con parte de su familia, ya que los hijos del tío abusador (primos de L.M.R.) pasaron a hostigar a L.M.R., a su madre y su hermana. Aparecieron también conductas de desinterés hacia ámbitos a los que anteriormente se sentía integrada, tales como la escuela especializada a la que concurría.

En efecto, el “**stress postraumático**” es un cuadro sobre el que muchos estudios sugieren su estrecha relación con la violación. Fue elaborado estudiando las secuelas de violaciones sexuales, y por lo tanto se lo tiene en cuenta como uno de los cuadros principales en que derivan las situaciones de violencia sexual. El Manual de Psiquiatría de la *American Psychiatric Association* o DSM-IV<sup>53</sup>, (código F43.1 (309.81) establece que sus síntomas pueden ser muy diferentes, pero por lo general pueden agruparse en tres categorías centrales<sup>54</sup>. Es interesante que Brito y Uriarte señalan la determinación de género que puede vislumbrarse detrás de este cuadro: “*Esta visión, lejos de pensar la violencia sexual como delito ligado a la perversidad del perpetrador, busca incluirla como delito asociado al poder, tanto desde una crítica de la violencia como de la organización patriarcal de la sociedad*”<sup>55</sup>.

Como consecuencia de lo detallado, L.M.R. debió recurrir a tratamiento psicológico en la “salita” (centro de atención primaria de la salud) del barrio. Para conseguir “turno”, su madre (Vicenta) debió concurrir al centro la noche anterior y pasar toda la noche esperando para lograr la atención.

<sup>52</sup> Informe Lic Kornos, Tribunal de Menores, provincia de Buenos Aires.

<sup>53</sup> Tal como se especificó ut supra, se omiten detalles personales.

<sup>54</sup> Las tres categorías centrales en las que se agrupan los síntomas: a) repetición de la vivencia (recuerdos o pesadillas repetidas y muy angustiantes sobre el evento, “flashbacks”, revivencias; alucinaciones u emociones relativas a que el evento está sucediendo o va a suceder nuevamente. b) evasión: evitar sistemáticamente las cosas que les recuerdan el evento. Puede llevar a una falta de interés generalizada. c) aumento de excitación emocional: dificultades para quedarse dormido o no poder despertar, irritabilidad o ira, ansiedad, dificultad para concentrarse, volverse muy alertas o cautelosos, facilidad para asustarse.

<sup>55</sup> Manero Brito, R. y Villamil Uriarte (2003) op cit.

*Otras consecuencias psicosociales de la situación, mencionadas en el informe (relativas al grupo familiar:* El aumento de dependencia emocional y cotidiana que L.M.R. experimenta hacia su madre (producto de la situación de violación, embarazo y manoseo institucional), repercute en esta última de manera opresiva, ya que desde que se comprobara el embarazo y comenzara el peregrinar familiar, Vicenta tiene limitaciones para buscar trabajo y, eventualmente, concurrir a trabajar. Esto genera en Vicenta una sensación de ansiedad (por no poder sostener a su familia) que a su vez repercute en L.M.R. Lo mismo le ha ocurrido a la hermana de L.M.R., quien acompañó a su hermana y su madre en los trámites y diversos recorridos institucionales: perdió su trabajo y vivió situaciones de marcada incertidumbre a lo largo de los cinco años en que los sucesivos hechos se han desenvuelto. Recordemos que todo el grupo familiar pertenece a un sector social de bajos recursos, que la madre está separada del padre quien no brinda sustento a sus miembros, por lo que el trabajo de Vicenta es central para su supervivencia. Además, Vicenta tuvo muchos trastornos desde el comienzo de la situación; trastornos del sueño, insomnio, pesadillas y otros; ansiedad por la vida y el bienestar de L.M.R.; la sensación de vulnerabilidad de su hija aumentó para Vicenta.

Por otro lado, tanto a L.M.R. como a su madre y hermana les ha resultado muy difícil continuar viviendo en el mismo barrio, ya que fueron continuamente hostigadas, tanto por la familia del tío abusador como por sus vecinos. La familia paterna tomó partido por el abusador: la abuela, la tía, los primos de L.M.R. (madre, hermana e hijos, respectivamente, del violador). Vicenta ha realizado denuncias en la policía y la fiscalía a cargo de la causa judicial por violación, sin resultados palpables. A esto debió sumarse la actividad de grupos fundamentalistas, que aunque desconocidos para las víctimas, llevaron el caso a los medios de difusión y realizaron presiones de todo tipo contra la decisión vital que habían tomado y a la que tenían derecho. Vicenta fue acusada porque ayudó a interrumpir el embarazo de su hija. En diferentes momentos, tanto la madre como la hermana de L.M.R. perdieron sus respectivos trabajos, producto tanto de los trámites que debieron realizar, como del hostigamiento social sufrido.

*Dictamen final de la pericia psicológica:* Afirma que L.M.R. presenta no solamente el daño moral esperable por los hechos sufridos – y que el derecho presume se resuelve espontáneamente sin intervención terapéutica –, sino además daño psíquico motivado por el deficiente y hostigante accionar del Estado; es decir una perturbación permanente *que requiere tratamiento específico para su resolución*. Este daño, se informa, tiene relación directa con la mala actuación del Estado en los hechos acaecidos. Los motivos invocados

fueron: el daño a su privacidad, porque la atención del Estado fue negligente e incluyó maltrato y engaños y no tuvo derecho a una atención adecuada en el sistema de salud, y fue hostigada por el sistema jurídico; porque se limitó su libertad; porque su vida privada fue expuesta públicamente, sin que el Estado tomara medidas para impedirlo, lo mismo que con las acciones de hostigamiento provenientes de grupos fundamentalistas; porque se vio afectado su núcleo familiar cercano y sus medios de supervivencia; porque no recibió atención adecuada a su estado mental y emocional. Concluye que el daño psíquico se manifiesta bajo la forma de **stress postraumático**. Finalmente, recomienda tratamiento psicoterapéutico especializado, reclamando que sea sostenido por el Estado.

#### **IV.- Conclusiones**

El daño psíquico fue alegado en el petitorio, y el Dictamen del Comité lo tomó en cuenta en sus considerandos. Esta pericia permitirá reclamar al Estado argentino cuidados específicos, de tipo psicoterapéutico, de por vida para L.M.R., siempre que ella lo solicite o lo necesite.

Pero más allá de una demanda tan concreta, buscó visibilizar cómo aún en el marco de los Derechos Humanos, es posible avanzar un poco más en reconocer el sufrimiento personal, específico e íntimo de las personas cuyos derechos han sido violados por los Estados signatarios de los diversos tratados.

En este caso, el informe de pericia se centró justamente en los daños sufridos por el mal accionar estatal, dejando al margen el obvio daño psíquico sufrido por la víctima debido a la violación y al posterior embarazo forzado. Éste se da por supuesto y estaría abarcado por el daño moral, del que se habló más arriba; y que no requiere demostración. El daño psíquico en este caso, debió ser fundamentado, porque los Estados continúan violando impunemente los derechos humanos de las personas más vulnerables, y pagan un precio muy escaso por ello.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CASO L.M.R.

*Susana Chiarotti Boero*<sup>56</sup>

El 25 de mayo de 2007, el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, de Rosario (INSGENAR), la Asociación Católicas por el Derecho a Decidir, de Córdoba, (CDD) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) presentaron una Comunicación Individual contra el Estado argentino ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>57</sup>.

Las peticionarias actuaron en representación de la familia de una niña con discapacidad mental que reclamó al Estado argentino por la negación de un recurso legal, en este caso, el acceso a la práctica de la interrupción de un embarazo, producto de violación, que estaba garantizada por ley. El Comité emitió su dictamen el 28 de abril de 2010. En el mismo se establece que la negativa por parte del Estado argentino de brindar acceso al aborto legal a L.M.R., es violatoria del artículo 3 del Pacto, (derecho a la igualdad entre varones y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos); que se incurrió en trato cruel, inhumano y degradante, violando el artículo 7 del Pacto; se violó el derecho a la privacidad de L.M.R. (artículo 17 del Pacto); y se violó el derecho de la autora de disponer de un recurso efectivo ( artículo 2 del Pacto).

En este capítulo analizaremos los fundamentos jurídico-legales que utilizamos en defensa de L.M.R., el dictamen del Comité de Derechos Humanos y la validez de ese dictamen para la Argentina.

### **Elección del mecanismo internacional**

Los derechos de L.M.R. estaban protegidos, al momento de los hechos, por varios tratados internacionales de derechos humanos. Algunos de esos tratados cuentan con órganos que vigilan su cumplimiento y que admiten reclamos individuales. Sin embargo, al momento de presentar esta denuncia a nivel internacional, no todos los mecanismos estaban disponibles. Las organizaciones peticionarias debieron revisar los diferentes recursos a su alcance.

El primer mecanismo revisado fue el de las comunicaciones individuales ante el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

<sup>56</sup> Directora de INSGENAR, integrante del CEPI, Comité de Expertas en Violencia de la OEA y del Consejo Consultivo del Cladem.

<sup>57</sup> Comunicación Individual 16083/07 - L.M.R. c/ Estado Argentino

contra la Mujer (CEDAW por su sigla en inglés). El Estado argentino ratificó el Protocolo Opcional de la CEDAW, mediante la Ley 26.171, que fuera promulgada el 6 de diciembre del 2006. Este Protocolo habilita a presentar comunicaciones individuales por hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación por el Estado parte. En el caso de L.M.R., los hechos que motivan la denuncia habían ocurrido con anterioridad, (entre los meses de junio y agosto de 2006) lo que nos impedía acceder a ese Comité.

Por otro lado, cuando se termina de configurar la alianza de las organizaciones peticionarias para llevar el caso a nivel internacional, habían pasado los seis meses que pone como plazo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para presentar casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Examinamos entonces la posibilidad de acudir al Comité de Derechos Humanos (CDH), que monitorea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Tanto el Pacto como su Protocolo Facultativo, que permite llevar casos individuales, habían sido ratificados por el Estado argentino e incorporados a la Constitución Nacional<sup>58</sup>. Entre las consideraciones realizadas para valorar a este Comité, se analizó el cambio en su jurisprudencia, especialmente a partir del año 2000, en que emite la Recomendación General (RG) 28, sobre la igualdad entre varones y mujeres en el goce de los derechos contenidos en el Pacto. Con esta RG el Comité introduce una nueva mirada, con sensibilidad de género, sobre los derechos civiles y políticos. Otro elemento alentador fue que poco tiempo atrás el Comité había emitido un dictamen en el caso K.L.L. vs. Perú, donde se condenaba al Estado por negar el acceso a la interrupción del embarazo de feto anencefálico a una joven de 17 años. Por otro lado, el CDH no tiene plazos definidos y aplica un criterio de razonabilidad en este sentido.

En la argumentación jurídico legal, se invocaron normas nacionales (Código Penal argentino, Constitución Nacional, entre otros) e internacionales<sup>59</sup>.

Para fundamentar este caso se invocó jurisprudencia nacional e internacional. La jurisprudencia nacional se refiere principalmente a fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. La jurisprudencia internacional incluye, en primer lugar, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, dictámenes del Comité de Derechos Humanos.

<sup>58</sup> Constitución Nacional de la República Argentina. Artículo 75, inciso 22.

<sup>59</sup> Especialmente, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Americana de Derechos Humanos, y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, o Convención de Belém do Pará y Convención contra la Tortura.

Asimismo, se incluyen las Observaciones Generales de varios Comités como el CDESC; CDH; CEDAW; Comité contra la Tortura (CAT); y Observaciones Finales concordantes referidas a diferentes países de todas las regiones.

## 1. Derechos Violados

Las peticionarias alegamos que se habían violado los derechos de L.M.R. contenidos en los artículos 2, 3, 6, 7, 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

### Derecho a la garantía y respeto de los derechos (artículo 2)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto y obliga a los Estados a tomar *“las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para **hacer efectivos los derechos** reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”* En el mismo sentido, el Pacto exige la disponibilidad de un **recurso efectivo** que cualquier persona víctima de una violación de derechos pueda interponer, incluso cuando tal violación es cometida por funcionarios estatales.<sup>60</sup>

A este respecto, el CDH ha dicho que es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos y **que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones estatales internacionales.**<sup>61.</sup>

El art. 86, inc. 2 del Código Penal argentino otorga a las mujeres con discapacidad mental que hubieran sido violadas el derecho a interrumpir su embarazo, sin fijar plazos ni especificar tipos de procedimiento médico a utilizar. El artículo no exige ningún tipo de autorización judicial, solo se requiere el diagnóstico de la discapacidad, la autorización de su representante legal y que el aborto sea realizado por un médico diplomado. Existen en Argentina numerosos precedentes jurisprudenciales sobre este punto.<sup>62</sup> Tanto en los casos de aborto no punible como en otros casos de intervenciones médicas ventiladas ante los tribunales como las solicitudes de anticoncepción quirúrgica, se ha dictaminado

<sup>60</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976, art. 2, num. 2 y art. 3

<sup>61</sup> CDH, Observaciones Generales No 3, Implementación a nivel nacional (Art. 2) 29/07/81. CCPR, art.2

<sup>62</sup> Resolución 1665/98 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, AC 95464 A.K.S autorización, Juzgado de Menores N°1 de La Plata, en la causa n°50.154.

que no es necesaria la autorización judicial y que los médicos no deben solicitarla.

El precedente más importante aplicable a este caso es el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (27 de junio de 2005)<sup>83</sup> dictado en un caso de aborto terapéutico, en cuyos considerandos se extendió su aplicación a los casos de aborto por violación y que resulta de obligatorio cumplimiento por los tribunales inferiores de esa misma jurisdicción. En dicho fallo ello se dejó expresamente señalado, en los siguientes términos: "... *no puede menos que coincidir con lo decidido por el a-quo, en torno a la innecesariedad de la autorización solicitada. Vuelvo a repetirlo, ella debería haber sido rechazada in limine. Es que el art. 85 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena...*" Más adelante agrega: "*No puede concluirse este voto sin dejar sentado que la tarea de verificación del estado de cosas que corresponde efectivizar a los señores médicos intervinientes y la conducta que en su consecuencia deba llevarse adelante, en modo alguno podrá generar nuevas presentaciones judiciales, en este o en cualquier otro proceso, ni requerimientos de autorización o solicitud administrativa alguna*".

Además, en el año 1994 se incorporan a la Constitución Nacional los tratados de Derechos Humanos, incluidos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. En ellos se garantiza el derecho a la salud, a la salud reproductiva, a tomar decisiones sobre el número de hijos y al espaciamiento entre ellos, a la privacidad e intimidad.

El Estado argentino no cumplió su obligación de garantizar el ejercicio de estos derechos a L.M.R. por no haber tomado medidas adecuadas que garanticen el acceso al aborto en aquellos casos en que es legal.

La insuficiencia de normas regulatorias para estos casos ha abierto la puerta para que los funcionarios públicos cometan arbitrariedades y obstruyan el ejercicio de derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado argentino, incluido el PDCP. En el caso de L.M.R. fue clara la violación de sus derechos que se da como consecuencia de ineficacia y arbitrariedad de los agentes de salud y

<sup>83</sup> Fallo precedente de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, N. AC 35.464, del 27-06-05, sobre innecesariedad de autorización judicial en casos de aborto legal.

judiciales.

El Estado argentino, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir un embarazo que ponía en riesgo su salud y su vida, es responsable por omisión, de la violación a los derechos humanos de la joven, consagrados en la Constitución argentina y en el PDCP, violando la garantía de respeto de los derechos establecida en el artículo 2 del PDCP.<sup>34</sup>

Tanto en el Sistema Interamericano (SIDH) como en el Sistema Europeo de Derechos Humanos se han emitido pronunciamientos similares: En el SIDH, se destaca el caso Paulina del Carmen Ramirez Jacinto contra México<sup>35</sup>, en el que la CIDH ha manifestado que *"La Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH también observa que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados."*

La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos eficaces para garantizar el acceso de las mujeres al aborto cuando éste es legal. "Los Estados que asumen la responsabilidad de permitir los abortos en circunstancias prescriptas, tienen la correspondiente obligación de asegurar que la garantía textual del aborto en sus leyes nacionales es un derecho efectivo en la práctica. Para tal fin, los Estados deben tomar pasos efectivos para asegurar el acceso efectivo de las mujeres a los servicios. Esos pasos incluyen la instalación de procedimientos para apelar las decisiones médicas que niegan a una mujer su pedido de aborto. "Vida Privada" es un término amplio que incluye, entre otros, aspectos de la identidad física y social de un individuo, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y a establecer relaciones con otros seres humanos en el mundo exterior. Más aún, mientras la Convención no garantiza como tal el derecho a algún nivel específico de cuidado médico, la Corte ha sostenido previamente que la vida privada

<sup>34</sup> Comisión Política de la República Argentina, *reformada*, vigente desde el 24 de agosto, 1994, Art. 75, inc. 22.

<sup>35</sup> CIDH- OEA- Petición 161-02; Informe 31.02- Salución Amistoso del 9 de marzo de 2007.

incluye el derecho de la persona a su integridad física y psíquica y que el Estado tiene la obligación positiva de asegurar a sus ciudadanos su derecho al efectivo respeto por dicha integridad.”<sup>66</sup>

“La Convención (Europea de Derechos Humanos) intenta garantizar **derechos que no son teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos**. La Corte observa que la misma naturaleza de las cuestiones involucradas en la decisión de terminar un embarazo son tales que **el factor tiempo es de importancia crítica**. Los procedimientos implementados deben, por lo tanto, asegurar que tales decisiones son **oportunas** de modo de **prevenir el daño a la salud de la mujer que podrían ser ocasionados por un aborto tardío**. Los procedimientos en los cuales las decisiones concernientes a la accesibilidad al aborto legal son revisados “*post factum*” no pueden cumplir dicha función. En la opinión de la Corte, la **ausencia de tales procedimientos preventivos en la ley doméstica pueden considerarse como el incumplimiento del Estado de realizar sus obligaciones positivas** bajo el artículo 1 de la Convención”<sup>67</sup>

### Derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 3)

El PIDCP establece la obligación de los Estados de garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos sin discriminación de hombres ni mujeres.<sup>68</sup> El Comité de la CEDAW ha reconocido que existe una serie de tradiciones y prácticas históricas, culturales y religiosas<sup>69</sup> que obstruyen el “**pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado**” y han pedido a los Estados tomar las medidas necesarias para que sean eliminadas o modificadas;<sup>70</sup> y para que no se usen como pretexto para justificar la discriminación de la mujer en el disfrute de sus derechos.<sup>71</sup>

De acuerdo a los hechos descriptos, la imposibilidad de obtener un aborto en el caso de L.M.R., presenta violaciones al derecho a la igualdad y a la no discriminación en varios momentos:

<sup>66</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, 30 de marzo de 2007. *Alicia Tysiac v. Polonia*, Aplicación n.5410/03. En este fallo la Corte Europea acompaña datos de jurisprudencia contextual: *Glas v. the United Kingdom*, no. 61827/99, §§ 74-83, ECHR 2004-II; *Sejtes v. the Netherlands (dec.)* no. 27677/02, 8 July 2003; *Pentiacova and Others v. Moldova (dec.)*, no. 14462/03, ECHR 2005-...; *Nitocki v. Poland (dec.)* no. 63653/01, 21 March 2002; *Odlovic v. France (GC)*, no. 42326/98, ECHR 2003-III.

<sup>67</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, 30 de marzo de 2007. *Alicia Tysiac v. Polonia*, Aplicación n.5410/03

<sup>68</sup> PIDCP, art. 3.

<sup>69</sup> CDH, Observaciones Generales No 28, Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (art. 3): 29/98/2009, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, CCPR, num. 5

<sup>70</sup> *Ibid.*, num. 1

<sup>71</sup> *Ibid.*, num. 5

El derecho a la salud impone a los Estados, diferentes tipos de obligaciones. En el caso presente, consideramos que el Estado argentino incumplió con las relacionadas con la accesibilidad y la aceptabilidad. Por **accesibilidad**, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ha entendido la obligación de no discriminar ni de hecho ni de derecho a los sectores más vulnerables, en su búsqueda de bienes y servicios de salud. La **aceptabilidad** ha sido interpretada como el respeto a la ética médica, las consideraciones de género, la confidencialidad, y la búsqueda de un mejor estado de salud<sup>72</sup>.

Los diferentes Comités han establecido la importancia de garantizar el derecho a la salud de las mujeres teniendo en cuenta las necesidades particulares que sus diferencias biológicas imponen<sup>73</sup>. El CDESC, por ejemplo, ha recomendado que los Estados incorporen la perspectiva de género en todos sus programas relacionados con el derecho a la salud. Para ello, deben reconocer los factores biológicos y socioculturales que son determinantes para la salud de hombres y mujeres<sup>74</sup>.

El CDH ha enmarcado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva como violaciones de los derechos de la mujer a la igualdad<sup>75</sup> y a la vida<sup>76</sup> reconociendo que la falta de disponibilidad de servicios e información de planificación familiar, incluido el aborto, compromete la capacidad de igual participación de las mujeres en todos los aspectos sociales y económicos de la vida pública<sup>77</sup> e incrementa los embarazos no deseados, la búsqueda de abortos ilegales e inseguros<sup>78</sup> y la mortalidad materna<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> CDESC, *Observaciones Generales No 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000, E/C.12/2000/4, par. 12 (b)(i), c.*

<sup>73</sup> (CEDAW), A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. *Observaciones generales No 24, La mujer y la salud: 02/02/99, par. 12 (a).*

<sup>74</sup> CDESC, *Observaciones generales, No 14, par. 20.*

<sup>75</sup> **Georgia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.75, para. 12; **Mongolia**, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); **Perú**, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; **Perú**, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; **Polonia**, 29/07/99, CCPR/C/79/Add.110, para. 11; y **Trinidad Tobago**, 03/11/2000, CCPR/CO/70/TTO, para. 18.

<sup>76</sup> **Ecuador**, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.92, para. 11

<sup>77</sup> **Colombia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 37;

<sup>78</sup> **Argentina**, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14; **Bolivia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.74, para. 22; **Costa Rica**, 08/04/99, CCPR/C/79/Add.107, para. 11; **Colombia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 24; **Guatemala**, 27/08/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; **Mongolia**, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); **Perú**, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; **Perú**, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; **Sudán**, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.85, para. 10; **Tanzania**, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15; and **Zambia**, 03/04/96, CCPR/C/79/Add.62, para. 9.

<sup>79</sup> **Argentina**, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14; **Bolivia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.74, para. 22; **Chile**, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, para. 15; **Colombia**, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 24; **Guatemala**, 27/08/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; **Mongolia**, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); **Perú**, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; **Perú**, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; **Senegal**, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.82, para. 12; **Sudán**, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.85, para. 10; **Tanzania**, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15; y **Zambia**, 03/04/96, CCPR/C/79/Add.62, para. 9.

Para suprimir la discriminación contra la mujer en materia de salud es preciso tener en cuenta el ciclo de vida de la mujer y sus respectivas necesidades, para la prevención y el tratamiento de sus enfermedades. Es también básico garantizar el acceso a una gama completa de servicios de salud accesibles y de calidad, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Específicamente, el CDESC ha dicho que *“el ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”*<sup>80</sup>.

En su Comentario General N. 16, el CDESC, al analizar la igualdad entre el hombre y la mujer en el acceso a la salud, plantea que *“... deben eliminarse los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí **la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva**”*<sup>81</sup>

El CDESC también ha planteado que los Estados Parte tienen la obligación de impedir que terceros perturben directa o indirectamente el disfrute de los derechos.<sup>82</sup> En este caso, no se tomaron medidas adecuadas para impedir la presión de sectores fundamentalistas católicos que ejercieron amenazas y presiones sobre la familia, su entorno, sobre el personal de salud y sobre las autoridades, con el fin de que no se realizara la práctica ordenada. Asimismo, el CDESC plantea que la responsabilidad del Estado de cumplir con las obligaciones a su cargo, lleva implícito el deber de **facilitar** y el de **proporcionar** los medios necesarios para el ejercicio de los derechos.<sup>83</sup>

Por su parte, el Comité de la CEDAW ha reiterado la obligación de los Estados de abstenerse de interponer obstáculos en la búsqueda que las mujeres hagan de los bienes y servicios para conseguir sus objetivos en materia de salud<sup>84</sup>. En la Recomendación General 24 plantea que: *“La obligación de proteger los derechos relativos a la salud de la mujer exige que los Estados Partes, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones. Puesto que la violencia por*

<sup>80</sup> CDESC, *Observaciones Generales No 14, par. 21.*

<sup>81</sup> CDESC, *Observaciones Generales, N.16, par. 29*

<sup>82</sup> CDESC, *Observación General 16, párrafo 19.*

<sup>83</sup> CDESC, *op. cit. párrafo 21, en consonancia con OG. 12 Y 13.*

<sup>84</sup> CEDAW, *Recomendación General 24, par. 14.*

*motivos de género es una cuestión relativa a la salud de importancia crítica para la mujer, los Estados Partes deben garantizar: a) La promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados.”<sup>85</sup>*

En el caso de L.M.R., la falta de debida diligencia del Estado para garantizar el acceso a un procedimiento solo requerido por las mujeres, sumado a la arbitrariedad del personal de salud, traen como resultado una práctica discriminatoria que violó sus derechos. Esta vulneración es aun más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor de edad, discapacitada y pobre, por lo que la obligación del Estado de proteger sus derechos y de erradicar los prejuicios culturales o religiosos que comprometan su bienestar, era de mayor trascendencia.<sup>86</sup>

El CDH ha reconocido que las actitudes tradicionales hacia la mujer siguen ejerciendo una influencia negativa en su disfrute de los derechos enunciados en el Pacto.<sup>87</sup> Dado que el aborto es un problema que sólo afecta a las mujeres y que en el imaginario colectivo está cubierto de todo tipo de prejuicios, es discriminatoria por razón de género, la manera como se manejaron funcionarios judiciales en el primer momento, y luego el personal de salud del Hospital San Martín de La Plata, así como la inoperancia de las autoridades para hacer cumplir la ley, negándole a LMR su derecho a obtener un aborto legal y seguro. Además, las actitudes y prejuicios sociales y la presión de sectores fundamentalistas, impidieron el disfrute de los derechos a la vida, salud, intimidad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros, en igualdad de condiciones y libre de discriminación (entendiendo que para las mujeres estos derechos tienen en ocasiones un contenido diferente que para los hombres).

De otra parte, la inexistencia de protocolos hospitalarios que viabilicen los dos casos de aborto legal que existen en el país, hace más difícil a las mujeres que se encuentran bajo este tipo de circunstancias exigir el respeto a su derecho y deja el espacio a los funcionarios para que apliquen la ley de manera arbitraria.

La condición de discapacidad de L.M.R. agrava las dificultades ya existentes. A este respecto, el Estado tiene obligaciones específicas. El Comité CEDAW plantea que: “*Los Estados Partes deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar que los servicios*

<sup>85</sup> CEDAW, Recomendación General N. 24, par. 15

<sup>86</sup> CDH, Observaciones Generales No 28, num. 28

<sup>87</sup> Argentina, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 15.

de salud atiendan las necesidades de las **mujeres con discapacidades** y respeten su dignidad y sus derechos humanos”<sup>88</sup>

### Derecho a la vida (artículo 6)

El PDCP consagra el derecho a la vida.<sup>89</sup> El CDH señaló que el derecho a la vida se ha interpretado de manera restringida muy frecuentemente. La expresión “*el derecho a la vida es inherente a la persona humana*” no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para proteger adecuadamente este derecho.<sup>90</sup> Sobre el aborto específicamente, ha establecido la potencial violación del derecho a la vida de las mujeres que se ven obligadas a recurrir a abortos clandestinos.<sup>91</sup> En este caso, la vulneración del derecho a la vida se configuró en el hecho de que el Estado no adoptó las medidas necesarias ni observó la debida diligencia para que L.M.R. obtenga una interrupción segura de su embarazo por violación y evitar que se someta a un aborto clandestino e inseguro y en que no se consideró el riesgo que todo embarazo precoz implica para las adolescentes, especialmente aquellas con discapacidades.

La negativa a prestar el servicio de aborto legal dejó a L.M.R. entre dos opciones igualmente peligrosas para su vida e integridad física y psíquica: optar por buscar servicios de aborto clandestino (y por lo tanto altamente riesgosos), o continuar con un embarazo forzado y traumático, por ser producto de una violación.

El respeto del derecho a la vida, para las mujeres, incluye el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que ellas recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida, especialmente cuando son mujeres pobres. Así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos.<sup>92</sup>

Resulta congruente entonces que el CDH haya enmarcado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una violación del derecho de la mujer a la vida.<sup>93</sup> El CEDAW por su parte señaló que la tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto sino que lo hace inseguro y peligroso para

<sup>88</sup> CEDAW, Recomendación General 24, par. 25.

<sup>89</sup> PDCP, art. 6.

<sup>90</sup> CDH, Observaciones Generales No 6, Derecho a la vida (art. 6), 30/04/82, CCPR.

<sup>91</sup> CDH, Observaciones Generales No 28, man. 10.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Chile, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, para. 15; Ecuador, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.92, para. 11; Guatemala, 27/08/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Kuwait, 27/07/2000, CCPR/CG/69/KWT, A/55/40, para. 16; Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; Polonia, 29/07/95, CCPR/C/79/Add.110, para. 11; y Trinidad Tobago, 03/11/2000, CCPR/CO/79/TTO, para. 18.

las mujeres.<sup>84</sup> Notando con preocupación la relación entre la mortalidad maternas y el aborto ilegal e inseguro,<sup>85</sup> el CDH ha establecido que las leyes que penalizan el aborto violan el derecho a la vida<sup>86</sup> y por ello ha pedido a los Estados partes remover las barreras de acceso, incluidas las leyes de aborto restrictivas.<sup>87</sup> El CDH también ha recomendado la adopción de medidas legales y de políticas que aseguren un igual acceso a un completo rango de servicios e información en salud reproductiva,<sup>88</sup> incluidos los servicios de aborto legal y seguro.<sup>100</sup>

En la Argentina, no obstante, el aborto sigue siendo un delito: está regulado en el Código Penal vigente, entre los "delitos contra la vida"<sup>101</sup>. Como consecuencia, el aborto clandestino constituye un problema de salud pública que continúa cobrando miles de vidas de mujeres argentinas: <sup>102</sup> el aborto constituye la primera causa de muerte materna

<sup>84</sup> Perú, 08/07/98, CEDAW/C/1998/III/L/1/Add.7, pág. 6.

<sup>85</sup> Argentina, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14; Bolivia, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.74, para. 22; Chile, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, para. 15; Colombia, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 24; Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Mongolia, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; Senegal, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.82, para. 12; Sudán, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.85, para. 10; Tanzania, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15; and Zambia, 03/04/96, CCPR/C/79/Add.62, para. 9.

<sup>86</sup> Bolivia, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.74, para. 22; Chile, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, para. 15; Colombia, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 24; Costa Rica, 08/04/99, CCPR/C/79/Add.107, para. 11; Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Mongolia, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); Paraguay, 09/05/96, A/51/38, para. 219; Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 15; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; Polonia, 29/07/99, CCPR/C/79/Add.110, para. 11; Senegal, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.82, para. 12; Sudán, 18/10/93, CRC/C/15/Add.10, para. 10; Trinidad Tobago, 03/11/2000, CCPR/CO/70/TTO, para. 18; Tanzania, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15; Zambia, 03/04/96, CCPR/C/79/Add.62, para. 9.

<sup>87</sup> Chile, 30/03/99, CCPR/C/79/Add.104, para. 15; Colombia, 01/04/97, CCPR/C/79/Add.76, para. 37; Costa Rica, 08/04/99, CCPR/C/79/Add.107, para. 11; Ecuador, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.92, para. 11; Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, paras. 15-16; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; Polonia, 29/07/99, CCPR/C/79/Add.110, para. 11; Trinidad Tobago, 03/11/2000, CCPR/CO/70/TTO, para. 18; Tanzania, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15;

<sup>88</sup> Argentina, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14; Ecuador, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.92, para. 11; Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 21; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; Polonia, 29/07/99, CCPR/C/79/Add.110, para. 11; Senegal, 19/11/97, CCPR/C/79/Add.82, para. 12; Trinidad Tobago, 03/11/2000, CCPR/CO/70/TTO, para. 18; y Tanzania, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.97, para. 15.

<sup>89</sup> Argentina, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14; Ecuador, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.92, para. 11; Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 19; Mongolia, 27/03/2000, CCPR/C/79/Add.120, para. 8(b); y Polonia, 29/07/99, CCPR/C/79/Add.110, para. 11.

<sup>90</sup> Argentina, 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, para. 14 y Guatemala, 27/04/2001, CCPR/CO/72/GTM, para. 1.

<sup>91</sup> Artículo 86, Código Penal Argentino: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior, y sufrirán además inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

*El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

1) 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; y 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".

<sup>92</sup> Aún cuando es difícil de medir porque su condición de ilegal lo impide, estudios realizados a la fecha de presentación de la comunicación individual de LMK ante el Comité, nos indicaban que se estarían produciendo

en el país.<sup>103</sup>

El CDH y el CEDAW en repetidas ocasiones han expresado en sus Recomendaciones al Estado argentino que: (1) el aborto clandestino es la principal causa de mortalidad materna<sup>104</sup>, (2) la legislación altamente restrictiva que en materia de aborto presenta su Código Penal es a su vez la causa del alto número de abortos clandestinos<sup>105</sup> (3) por esta razón recomienda que revise su legislación sobre el aborto, dado que su alto nivel de restricción genera violaciones a los derechos a la igualdad, a la vida y a estar libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>106</sup>, y que (4) se considere una interpretación y uso más amplio de la excepción a la penalización del aborto, cuando la salud de la madre [incluida la salud mental<sup>107</sup>], se encuentre en peligro.<sup>108</sup>

En efecto, en las observaciones finales que se hicieron al tercer informe periódico de Argentina a este Comité, el mismo recomendó:

*"En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o **cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental**. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado."<sup>109</sup>*

Esta Observación Final fue hecha por el Comité de Derechos Humanos a Argentina en el año 2000. Pasaron 6 años desde que se expidió hasta que sucediera el caso que nos ocupa y otros muchos similares, sin que el gobierno hubiera tomado las medidas adecuadas para cumplir con las mismas.

Teniendo en cuenta estas recomendaciones de los Comités al Estado argentino, y el

*en promedio cerca de 760.000 abortos inducidos. Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación. <http://www.dsis.gov.ar/publicaciones/archivos/Serie52ro-19.pdf>*

<sup>103</sup> Según datos oficiales brindados por el Ministerio de Salud de la Nación, hasta la fecha de presentación del caso U.M.R., el aborto era la primera causa de muerte materna; oficialmente se estimaba que los abortos realizados en condición de riesgo constituían el 26% de las causas de muerte materna. Es necesario aclarar que en estas situaciones, el subregistro es mayor por lo que se estima que el porcentaje de muertes maternas reales generadas por esta causa oscila entre el 46 y 50%. Fuente: DEIS, op.cit.

<sup>104</sup> CDH Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, para. 15; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20; CEDAW Perú, 31/05/95, A/50/38, para. 446.

<sup>105</sup> Perú, 18/11/96, CCPR/C/79/Add.72, paros. 15-16; Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20.

<sup>106</sup> Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER, para. 20.

<sup>107</sup> Chile, 09/07/99, A/50/38, para. 9.

<sup>108</sup> Perú, 31/05/95, A/50/38, paros. 446, 447.

<sup>109</sup> CDH, Observaciones finales, Argentina, CCPR-par.13

tiempo transcurrido sin que las implementara, resulta que garantizar el acceso al aborto para L.M.R. era, además de una obligación del Estado, una **deuda pendiente** por parte de Argentina.

### **Derecho a estar libre de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes**

El PIDCP establece el derecho a estar libre de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.<sup>100</sup>

Según el CDH la finalidad de este artículo es proteger la dignidad e integridad física de la persona. El Estado por lo tanto está obligado a brindar la protección necesaria contra este tipo de violaciones. El CDH aclara que el derecho no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.<sup>101</sup>

La ineficacia para implementar el mandato legal y ejecutar la sentencia judicial impuso a L.M.R. la obligación de continuar, de manera forzada, con su embarazo. Esto constituye trato cruel e inhumano y por ende, una vulneración de su derecho a la integridad personal (integridad física, psíquica y moral). El respeto a la integridad personal implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional.

De otra parte, la Convención contra la Tortura (CAT) establece que se prohíben los actos que generen sufrimiento o dolor físico o mental, infligido por, o con el conocimiento de una autoridad pública por [...] razones basadas en cualquier tipo de discriminación<sup>102</sup>. El Comité Contra la Tortura (CCT) ha reconocido en varias de sus recomendaciones que existen violaciones de este tipo relacionadas con la discriminación a la mujer<sup>103</sup>.

Las consideraciones del CDH en cuanto al aborto clandestino como mayor causa de mortalidad materna, implican para el mismo Comité el sometimiento de las mujeres que se ven obligadas a buscar este tipo de servicios, a un tratamiento inhumano, incompatible

<sup>100</sup> PIDCP, art. 7.

<sup>101</sup> CDH, *Observación General N° 20*, par. 2 y 5.

<sup>102</sup> Convención contra la Tortura, art. 1, par. 1.

<sup>103</sup> *China*, 09/05/2000, A/55/44, paras. 106-143 y para. 136; *Canadá*, 22/11/2000, CAT/CXXV/Concl.4., para. 5(b);

*Egipto*, 17/05/99, A/54/44, paras. 197-216 y para 209; *Estados Unidos de América*, 15/05/2000, A/55/44, paras. 175-180 y para. 179(d); *República Checa*, 14/05/2001, CAT/CXXVII/Concl.3/Rev.1., para. 8(g);

*Kazajistán*, 17/05/2001, CAT/CXXVIII/Concl.7/Rev.1., para. 8(f); *Túnez*, 19/11/98, A/54/44, paras. 88-105 y para 99;

*Brasil*, 16/05/2001, A/56/44, paras. 115-130 y para. 119(f); *Estados Unidos de América*, 15/05/2000, A/55/44, paras. 175-180 y para. 180(b).

con los postulados del Pacto<sup>114</sup>.

**En este contexto el embarazo forzado al que se vio sometida L.M.R., por la negativa de los médicos de interrumpir la gestación y el empujarla al circuito clandestino de aborto, no sólo atentó contra la integridad física y mental de ella, sino que constituye tratos crueles, inhumanos y degradantes a la luz del art. 7 del Pacto.**

Ninguna otra circunstancia, más que el embarazo, obliga a los individuos a proveer los recursos de sus cuerpos para el sostenimiento de otro. La compulsión legal de obligar a una mujer a continuar un embarazo en esas condiciones es claramente una violación a los derechos humanos.

La negativa del director del Hospital a prestarle el servicio de aborto haciendo caso omiso del derecho que asistía a la denunciante y de la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, obligó a L.M.R. y a su familia a soportar días de tensión y sufrimiento físico y mental, a recurrir al aborto clandestino, poniendo en riesgo su vida y su salud y al asedio de numerosos sectores. Como se expuso en el apartado sobre derecho a la igualdad, las razones por las cuales se le negó este servicio se basan en una abierta discriminación a las mujeres, especialmente las adolescentes y las pobres.

La presión para continuar el embarazo y dar el nacido en adopción colcó a la familia ante dilemas muy dolorosos. Verónica, hermana de L.M.R., lo vivía como un trato cruel y degradante. Para ella, la gente se atrevía a hacerle esos ofrecimientos porque era pobre y ella lo vivía como una profunda humillación.

#### **Derecho a la intimidad (artículo 17)**

El PDCP establece el derecho a la intimidad, que protege a las personas de las injerencias arbitrarias por parte del Estado o particulares,<sup>115</sup> e implica la obligación del Estado de no intervenir en su vida privada y por tanto se consagra la protección, no sólo frente a la publicidad de informaciones personales, sino también sobre la integridad física y moral de una persona, incluyendo su dignidad personal<sup>116</sup>.

Este derecho, consagrado por la Constitución Argentina,<sup>117</sup> protege a las mujeres

<sup>114</sup> Perú, 18/11/96, CCPR/C/70/Add 72, para. 15.

<sup>115</sup> PIDCP, art. 17.

<sup>116</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Raquel Marina de Mejía vs. Perú, Informe No. 5/96, Caso 10.970 del 1 de marzo de 1996; y Comisión Interamericana, Caso X e Y, Argentina, Informe Anual de la CIDH 1996, 14 de marzo de 1997, párr. 193.

<sup>117</sup> Constitución Argentina, Art. 19.

la invasión o intrusión no deseada en las decisiones que recaen sobre sus cuerpos, así como de otras restricciones a su autonomía, especialmente las que afectan su derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva<sup>118</sup>. Si un agente externo vulnera la intimidad de la mujer y con ello interfiere sobre la posibilidad de decidir sobre su reproducción y, además, amenaza con ello su integridad física y psíquica, el Estado tiene la obligación de resarcirla en el pleno goce de sus garantías.

Al interpretar las obligaciones que surgen de este derecho, el CDH ha establecido que “los Estados Partes deben presentar información que permita al Comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que obstaculicen el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17 del PDCP<sup>119</sup>. Sobre las funciones reproductivas de la mujer en particular, afirmó que es un ámbito en que los Estados no respetan el derecho a la vida privada<sup>120</sup>.

Otros organismos encargados de monitorear el cumplimiento de los derechos humanos también se han expresado al respecto. La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) reconoció el derecho que tienen las mujeres a que se respete su privacidad en lo que hace a la toma de decisiones relacionadas con su cuerpo<sup>121</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha establecido que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como la dignidad humana y la vida privada, componentes integrales del derecho a la salud<sup>122</sup>.

Finalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dijo al respecto: *“El derecho a la intimidad garantizado por estas disposiciones cubre, además de la protección contra la publicidad, la integridad física y moral de la persona. El objeto del artículo 11, así como la premisa total de la Convención, es esencialmente la protección del individuo contra injerencias arbitrarias por parte de funcionarios públicos. Sin embargo, también requiere que el Estado adopte la legislación necesaria para asegurar la eficacia de esta disposición. El derecho a la intimidad garantiza **una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada***

<sup>118</sup> *CEDAW*, art. 16.1.

<sup>119</sup> *CDH*, Recomendación General No. 28, par. 20.

<sup>120</sup> *CDH*, Recomendación General No. 28, par. 20

<sup>121</sup> *Comisión Europea de Derechos Humanos*, *Paton v. Inglaterra*, 13 de mayo de 1980, párr. 27, *EHRR* 408 (1981), en donde se reconoce que los intereses privados de una mujer deben ser protegidos por encima de los intereses de su cónyuge frente a la decisión de interrumpir un embarazo.

<sup>122</sup> *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, *Observación general 14*, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), U.N. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 3.

**individuo.** En este sentido, varias garantías de la Convención que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad<sup>123</sup>.

La fiscal Sonia Aguilar, y la jueza de primera instancia Inés Siro, ambas funcionarias del Estado argentino, realizaron una interferencia arbitraria e ilegal en la vida privada de L.M.R., al intervenir y prohibir al Hospital que se continuaran las prácticas médicas a las que L.M.R. tenía derecho<sup>124</sup>.

El Estado argentino no sólo interfirió con una decisión sobre su vida reproductiva amparada legalmente, sino intervino de manera arbitraria en la vida privada de L.M.R. tomando por ella una decisión sobre su vida y salud reproductiva.

La dimensión de libertad se refiere al respeto a derechos civiles, principalmente al derecho a la intimidad, es decir a no padecer injerencias en la toma de decisiones sobre la salud y el cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva <sup>125</sup>.

### **Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18).**

En la Argentina, la Constitución Nacional protege este derecho en su artículo 14:

*“Artículo 14º.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; **de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.**”*

La interpretación del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, incluye la facultad de actuar según las propias convicciones. A nivel internacional, este derecho está contemplado en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de manera directa o indirecta (vía la prohibición de discriminación por razones religiosas) en casi todos los instrumentos jurídicos internacionales que rigen en nuestro país con jerarquía constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros.

El derecho a la libertad de conciencia, incluye el de profesar algún culto o no

<sup>123</sup> CIDH, *X e Y contra Argentina*, Informe N° 38/96, Caso 10.506, Argentina, Informe Anual de la CIDH 1996, párrafo. 91

<sup>124</sup> CDH, *Comentario General 16*, párrafos 4 y 5.

<sup>125</sup> CDESC, *Observación General N° 14*, párrafo 8.

profesar culto alguno. O sea, protege también a aquellos ciudadanos y ciudadanas que sean agnósticos, ateos o sostengan otras convicciones y garantiza que nadie obstaculice el acceso a todos los otros derechos por este tipo de convicción. También implica el interpretar la religión que se profesa de manera personal. En este caso, la familia de L.M.R. decidió tomar una decisión (la de interrumpir el embarazo de la niña con discapacidad que había sido violada) de acuerdo a sus propias convicciones y libertad de conciencia.

El Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General N° 22 sobre la libertad de conciencia, opinión o religión, opina que: "El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio"<sup>126</sup>.

Es esta libertad de conciencia la que fue violada por sectores conservadores de la iglesia católica que de manera manifiesta, pública y constatable realizaron amenazas de diverso tipo, presionaron y acosaron a la familia de L.M.R. durante todo el tiempo que duró el proceso judicial tratando de impedir que ella pudiera ejercer sus derechos reproductivos, sin que desde los poderes competentes del Estado se haya tomado intervención alguna tendiente a proteger los derechos de L.M.R. frente al accionar de estas personas y otras organizaciones.

Constituye también una violación a este derecho lo actuado por el Servicio de Ginecología del Hospital San Martín al efectuar una objeción de conciencia colectiva o institucional, que resulta inadmisibles por varias razones. En primer lugar, porque la objeción de conciencia sólo puede expresarse de manera individual. En segundo término, porque se viola el marco regulatorio de los deberes de los funcionarios públicos y en tercer lugar, porque se trataba del resguardo del derecho a la vida y a la salud de la paciente a que están obligados los profesionales de la salud. En virtud del derecho vigente el Hospital debió derivar el caso a otro servicio garantizando el derecho de L.M.R.

*"El comité de la CEDAW ha manifestado explícitamente en sus observaciones finales que los derechos humanos de las mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos y ha expresado su preocupación por el limitado acceso que tienen las mujeres al aborto debido*

<sup>126</sup> Comentario General No. 22: El Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 18) 07/30/1993. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, párrafo 2.

*a esta misma razón.*" <sup>127</sup>

La negativa a brindar un servicio legal a una joven discapacitada, debido a presiones de grupos y sectores fundamentalistas, resultó en la violación de los derechos constitucionales de L.M.R., que garantizan a las personas la vigencia de los derechos humanos. Estos grupos influenciaron al personal del hospital público para que no cumplieran con sus obligaciones legales, imponiendo una manera de interpretar la religión que evidentemente no era la de la familia de L.M.R. Estos atropellos no obtuvieron un límite o una respuesta adecuada por parte de organismos del Estado que debían haber frenado las presiones de estos sectores fundamentalistas para garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos de L.M.R.

### **3. El caso L.M.R. como parte de un patrón sistemático de violaciones de derechos reproductivos**

Cuando se presenta el caso, luego de una extensa fundamentación, se demuestra que el mismo no era un hecho aislado, sino que formaba parte de un patrón de violaciones que tenían lugar en todo el país y que todavía siguen repitiéndose. Se acompañaron a la comunicación notas de prensa sobre casos ocurridos en otras localidades argentinas, como Lomas de Zamora (2005), Rosario (enero 2006), Mendoza, (agosto 2006), Corrientes (noviembre, 2006) y Mar del Plata (enero 2007), y Santa Fe (mayo 2007).

Las dificultades para acceder al aborto legal no sólo son padecidas por mujeres con discapacidades, que han sido violadas. Existen numerosos casos de mujeres para las que la continuación del embarazo significa un riesgo para su vida y/o su salud, y, a pesar de constituir esto también una causal de aborto legal admitida en el país, es casi imposible obtener el acceso a servicios de salud que lo realicen.

<sup>127</sup> *Human Rights Watch* – “Informe argentina: Decisión Prohibida. Acceso de las mujeres a la anticoncepción y al aborto en Argentina, pág. 86. Ver también Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, A/50/38, julio de 1995, pág. 446 (Perú); Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, A/54/38, julio de 1999, pág. 147 (Nepal); Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, CEDAW/C/1999/1/L.1/Add.8, 1999, pág. 57 (Colombia); Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, A/52/38/Rev.1, julio de 1996, pág. 127 (Namibia); y Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, A/51/38, 1996, pág. 131 (Paraguay).

## El Dictamen del Comité

El Comité de Derechos Humanos aceptó el reclamo de las peticionarias. En su análisis del caso, tomó la mayoría de los argumentos jurídicos planteados en la comunicación individual, rechazando dos que nos parecen importantes y sobre los que habrá que seguir profundizando. Nos referimos al artículo 6 y 18 del Pacto. Las peticionarias entendimos que se ponía en riesgo la vida de L.M.R. al obligarla a acudir al circuito clandestino de aborto, violando de esa manera su derecho a la vida (art.6). Además, sostuvimos que la manera en que fue presionada y acosada por sectores fundamentalistas católicos y el hecho que le negaran la práctica hospitalaria con objeción de conciencia institucional, sin que hubiera una medida estatal para realizarla en otro lugar; sin que se pusiera freno a tanta presión y atropello, configuraba una violación a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18).

Entendemos que estos argumentos son válidos y la negativa del Comité a aceptarlos (contradiendo jurisprudencia emitida por el mismo órgano) nos indica que deberemos trabajar más en la argumentación de la violación de ambos derechos en casos futuros.

A continuación, expondremos los argumentos que fueron receptados por el Dictamen del Comité:

**a- La negativa al aborto legal como violatoria del art. 3, derecho a la igualdad entre varones y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos:** El Comité de Derechos Humanos admitió que *“toma nota de la denuncia de la autora sobre que la imposibilidad de obtener la interrupción del embarazo constituyó una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación conforme al artículo 3 del Pacto. En su opinión, la falta de debida diligencia del Estado para garantizar un derecho legal a un procedimiento sólo requerido por las mujeres habría resultado en una práctica discriminatoria en relación con L.M.R. El Comité considera que esta denuncia está íntimamente relacionada con las relativas a otros artículos del Pacto, por lo que debe ser analizada conjuntamente con las mismas.”*

**b- Se incurrió en trato cruel, inhumano y degradante, violando el artículo 7 del Pacto:** “El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al

dolor físico, sino también al sufrimiento moral.”

**c- Se violó el derecho a la privacidad de LMR, art. 17 del Pacto:** “El Comité toma nota de la denuncia de la autora de que los hechos constituyeron una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. Igualmente, toma nota de la afirmación del Estado parte de que la ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico podría ser considerado una violación del derecho a la intimidad de aquélla. En las circunstancias, el Comité considera que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto.”

**d- Se violó el derecho de la autora de disponer de un recurso efectivo. Artículo 2 del Pacto:** “El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité observa que los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. con el fallo de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para llegar a ese resultado la autora debió pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó por varias semanas, con las consecuencias que ello implicaba para la salud de L.M.R. y motivó que, finalmente, tuviera que acudir a su realización de manera clandestina. Por estas razones *“el Comité considera que la autora no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos descritos configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.”*

Por tanto el Comité *“considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 7, 17 y 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto”*.

*De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro”*<sup>158</sup>.

Esta es la primera vez que el Comité de Derechos Humanos considera que la negativa al acceso al aborto legal es violatoria del derecho a la igualdad entre varones y mujeres. El dictamen del Comité puede considerarse jurisprudencia de avanzada en este sentido.

<sup>158</sup> CCPR/C/161/D/16082/2007.

## 5. Validez del dictamen del Comité de Derechos Humanos

Para analizar el peso y obligatoriedad que tiene para el Estado argentino el dictamen del Comité, revisaremos primero la validez que tienen los tratados internacionales de derechos humanos y en segundo lugar, el valor de los dictámenes que emiten los órganos internacionales de seguimiento de los tratados, en nuestro caso, el Comité de Derechos Humanos.

### Validez de los tratados internacionales

El orden jurídico vigente en la República Argentina se integra con normas que poseen diversa jerarquía y diferentes ámbitos de validez, siguiendo las pautas que enuncia la Constitución Nacional.

En el ordenamiento jurídico argentino los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes<sup>129</sup>. Esta jerarquía surge del texto constitucional y ha sido reconocida por el gobierno argentino ante el Comité de Derechos Humanos<sup>130</sup>.

El Poder Ejecutivo nacional tiene la competencia para celebrar tratados, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 11, de la Constitución Nacional. El proceso, además de la celebración del tratado y la manifestación del consentimiento en obligarse, prevé un trámite sustancial a cargo del **Poder Legislativo** o sea, el Congreso de la Nación, de "aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y las organizaciones internacionales" (art. 75, inciso 22), que hace al principio de la separación de poderes y al mutuo control entre ellos. De esta manera se garantiza la participación de los representantes del **Pueblo** de la Nación (diputados) y de los **representantes de las provincias** (senadores) en la decisión de los temas por los que el país se obliga. Si las provincias van a resultar responsables por las obligaciones resultantes del tratado, es indispensable que participen en su aprobación.

El hecho que un tratado internacional haya sido firmado por senadores (representantes de las provincias) y diputados (representantes de los pueblos de las provincias), es el que garantiza que en las provincias que componen el Estado federal los tratados tengan inmediata vigencia y sean operativos desde la sanción de la ley nacional que los ratifica.

La Constitución Nacional, en su artículo 31, establece que los tratados son Ley Suprema de la Nación. El 7 de julio de 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina,

<sup>129</sup> Artículo 75, inciso 22: "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

<sup>130</sup> CCPR/C/ARG/4 - 13 de marzo de 2008, párrafo 174.

al emitir su sentencia en el caso *Ekmekdjian c. Sofovich*<sup>131</sup> afirmó "... en nuestro país los tratados internacionales tienen preeminencia sobre las leyes nacionales". Este fallo se produjo antes de la reforma constitucional de 1994. Se trataba de un recurso de amparo sobre el "derecho de réplica" que alegaba la actora amparándose en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Suprema fundó su fallo en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>132</sup> considerando que: "*La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es un tratado internacional constitucionalmente válido, que en su artículo 27 dispone "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino, darles primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria*".

Luego de la reforma de la Constitución Nacional (CN) de agosto de 1994, el nuevo texto constitucional, en su artículo 75, inciso 22, dispone que: "... los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes." Entre los tratados incorporados directamente a la CN se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, ambos tratados invocados en el caso L.M.R.

El mismo artículo aclara que estos tratados rigen "*en la condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*"

La nueva redacción del art. 75, inc. 22 (CN) modificó radicalmente el sistema de fuentes del orden jurídico argentino. El reconocimiento de la jerarquía constitucional de manera directa a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros "tratados y convenciones" sobre la misma materia consagran una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental integran la *fórmula primaria de validez*<sup>133</sup> y constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como "fuente común", el vínculo entre

<sup>131</sup> CSJN, 07/07/1992, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*. Fallos 315:1492 y en LL 1992-C, 543.

<sup>132</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969. Fue ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972 y es aplicable en el territorio nacional por la Ley 19.865.

<sup>133</sup> Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal. LA LEY 2006-D, 1023*

todas las diversas normas que integran un determinado orden<sup>134</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la *fórmula primaria de validez* presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional, lo cual potencia su naturaleza heterogénea.

Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía.

Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF). El mismo, es definido por Bidart Campos como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales<sup>135</sup>. Por tanto, dichos instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran equiparados al resto de las disposiciones constitucionales y por encima de la legislación nacional y provincial.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país son directamente aplicables en el orden interno, siendo los derechos, garantías y libertades estipulados en un tratado internacional de derechos humanos, por su naturaleza, **operativos**.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue incorporado a la Constitución Nacional al igual que su Protocolo facultativo que habilita la presentación de comunicaciones individuales ante el Comité<sup>136</sup>.

En relación a la responsabilidad del Estado parte, de acuerdo con la doctrina del fallo "Barrios Altos" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>137</sup>, se establece que "el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u

134 Pizzolo, Calogero, *Op.cit.*

135 Bidart Campos, Germán. "El bloque de la constitución y su fuerza normativa", Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

136 El Comité de Derechos Humanos, organismo de control del PIDCP y del citado Protocolo Facultativo sostiene que: "Es evidente que el Primer Protocolo Facultativo constituye en sí un tratado internacional, distinto del Pacto, pero estrechamente relacionado con éste. Su objeto y fin es el de reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de particulares que aleguen ser víctimas de la violación por un Estado parte de cualquiera de los derechos tutelados en el Pacto" (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 24, "Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto" (1994), adoptado en el 32º período de sesiones, párrafo 13).

137 Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, (Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 9)

omisión de cualquiera de los poderes o agentes del Estado (sea del ejecutivo, del legislativo o del judicial)". A nivel nacional, esta doctrina es receptada en el voto concurrente de los doctores Roggiann y Bossert en el precedente "Acosta", donde esos magistrados han afirmado que las obligaciones emanadas de los tratados internacionales y de las otras fuentes del derecho internacional no pueden verse afectadas "a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla", deber este que hacen extensivo a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero (fallos: 321:3555, considerandos 15 y 16)<sup>138</sup>.

## 5.2. Validez del dictamen:

Para ser aplicada la norma jurídica, en este caso, el PIDCP, se requiere de la mediación de un intérprete que establezca su sentido, o, lo que es lo mismo, su aplicación al caso en cuestión. El intérprete de la norma es el órgano de aplicación del derecho, en este caso, el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Tratándose de **normas constitucionales** y siguiendo nuestro país un control judicial y difuso, cualquier juez puede interpretar estas normas al aplicarlas. Pero de toda interpretación judicial posible, sólo la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) obra como interpretación final de la Constitución, debido a la necesaria uniformidad que debe guardar el derecho federal para garantizar su aplicación homogénea en todo el territorio nacional. Se trata de una consecuencia propia del federalismo como forma de organización del Estado<sup>139</sup>.

Con las **normas convencionales**, o sea, las contenidas en los tratados internacionales, la **situación es diferente**. La CSJN ya no tiene el rol de intérprete, porque hay que tener en cuenta que las mismas contienen obligaciones internacionales cuyo cumplimiento genera responsabilidad internacional. El alcance de esta responsabilidad debe ser establecido por el organismo a cargo de su vigilancia y cumplimiento, o sea el respectivo organismo internacional de control. En este caso, el organismo de seguimiento es el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Los organismos internacionales de control, como producto de su intervención en salvaguarda de los derechos humanos tutelados, producen su propia jurisprudencia, a la

<sup>138</sup> Estas referencias fueron dadas por el gobierno argentino en su informe al Comité de Derechos Humanos CCPR/URAG/9 - 13 de marzo de 2008.

<sup>139</sup> Pizzolo, Calogero, op.cit.

que se considera, en sentido amplio, **jurisprudencia internacional**. Es ésta, por oposición a cualquier jurisprudencia interna, la que debe ser seguida de forma inexcusable en la interpretación del articulado de los instrumentos internacionales. Las interpretaciones propias producto sólo de la voluntad de los jueces locales, por tanto, deben ser rechazadas. Lo anterior no significa quitar a la CSJN el papel de gran integrador del Bloque de Constitucionalidad Federal en ausencia de una jurisdicción constitucional reglada. **Lo que se rechaza es que tal función se lleve a cabo desconociendo la jurisprudencia internacional**. Ésta, como vimos, representa la medida del cumplimiento de las obligaciones internacionales. (Bidart Campos, Pizzolo y otros).

La **jurisprudencia de la CSJN** ha oscilado en relación a este tema. Los cambios de interpretación no son inocentes. Para hacer una síntesis que luego ampliaremos, habría, desde la sanción de la reforma constitucional en 1994 hasta la fecha, tres etapas:

**a) Primera etapa:** una vez sancionada la reforma constitucional en 1994 y constituido el Bloque de Constitucionalidad Federal, la CSJN ratifica su línea jurisprudencial en el ya citado caso "Giroldi" (1995) donde se afirma, respecto a la jerarquía constitucional de la Convención Americana, que la misma: *"ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 párr. 2) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana"*<sup>140</sup>.

En este caso la CSJN hace hincapié en que el desconocimiento de la jurisprudencia internacional en los términos expuestos habilitaría la responsabilidad internacional del Estado a causa del incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: *"A esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde - en la medida de su jurisdicción- , aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad*

<sup>140</sup> CSJN, caso "Giroldi", sentencia de 7 de abril de 1995, considerando 11, Fallos 318:554

*internacional*".

De este último párrafo surge por inferencia que la CSJN no sólo se está refiriendo a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino a la **jurisprudencia de cualquier organismo internacional de control** en la medida que su no acatamiento generaría la subsiguiente responsabilidad internacional. Así en pronunciamientos posteriores, por ejemplo, en el caso "Alonso" (1995)<sup>141</sup> se sigue la opinión de la Comisión IDH en su interpretación del "plazo razonable" de la prisión preventiva (cfr. art. 7.5, CADH). Aquí debemos resaltar que **los dictámenes del Comité de Derechos Humanos tienen el mismo valor que los Informes de la Comisión IDH**.

Pero no es hasta el caso "Bramajo" (1996)<sup>142</sup>, donde la CSJN avanza en la individualización de los organismos internacionales de control al **incluir expresamente dentro de la jurisprudencia internacional a los informes de la Comisión IDH**. Este fallo es clave, debido a que el Comité de Derechos Humanos tiene un status similar al de la Comisión IDH, o sea, no es una Corte que dicte sentencia, sino un Comité que emite "dictámenes", de similar valor a los Informes de la Comisión IDH.

Después de repetir la afirmación del caso "Giroidi" (1995) que une la vigencia de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a *"su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"* se mantiene que: *"la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana"*

**b) Segunda etapa:** esta etapa, que implica un claro retroceso de la jurisprudencia de la CSJN respecto a los mandatos constitucionales establecidos en el BCF, se abre con el caso "Acosta" (1998)<sup>143</sup>. En este nuevo fallo, primero se propone cumplir con los precedentes "Giroidi" (1995) y "Bramajo" (1996), para luego consumir su negación y generar una ruptura en la continuidad jurisprudencial: *"cabe destacar que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar*

<sup>141</sup> CSJN - Fallos: 318:2611

<sup>142</sup> CSJN - Fallos, 319:1840 - "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación" - 12 de setiembre de 1996.

<sup>143</sup> CSJN, caso "Acosta" (LALEY, 1999-E, 892 — 41.830-S), sentencia de 22 de diciembre de 1998, considerando 6. Fallos 321:3555.

respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, **ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido**, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales — equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional". Con esta sentencia la CSJN ignora abiertamente la reforma constitucional de 1994 y el Bloque de Constitucionalidad Federal allí creado y se retrotrae la situación jurídica en el país al ordenamiento vigente con anterioridad a dicha reforma.

En el caso "Felicetti" (2000)<sup>144</sup> la CSJN persiste con la tendencia jurisprudencial del caso "Acosta" (1998), asumiendo *per se* el papel de "intérprete final" de instrumentos internacionales.

**c) Tercera etapa:** finalmente, con una nueva composición, la CSJN abre una tercera etapa en el enunciado ciclo de reconocimiento de la jurisprudencia internacional. Así, en el caso "Espósito" (2004)<sup>145</sup> la CSJN despeja cualquier duda al sentenciar en relación a la Corte IDH que: *"la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"*. Una postura en sentido opuesto a la sostenida para la CSJN, *"resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado"*.

En el caso "Simón" (2005)<sup>146</sup> la CSJN retoma la línea jurisprudencial de los precedentes "Giroldi" (1995) y "Bramajo" (1996), pero sin la ambigüedad de sus términos: *"la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de*

<sup>144</sup> CSJN, caso "Felicetti" (LA LEY, 2001-B, 64, sentencia de 21 de diciembre de 2000, considerando 6 y 9. Fallos 323:4130.

<sup>145</sup> CSJN, caso "Espósito", LA LEY, 2005-B, 161.

<sup>146</sup> CSJN, caso "Simón", sentencia de 17 de junio de 2005, considerando 17, citada por PIZZOLLO Colagero, "Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso "Simón", LA LEY, 2005-D, 510.

**interpretación** de los deberes y obligaciones derivados de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*". En esta sentencia de la CSJN se observa un cambio en los términos que es de capital importancia. Se plantea que las directivas de la Comisión Interamericana son una imprescindible pauta de interpretación. Si en las anteriores sentencias se consideraba a estas directivas una guía, en el caso Simón se la considera pauta de interpretación obligada.

Este cambio en la jurisprudencia de la CSJN eliminó las dudas manifestadas en el caso "Acosta" (1998) respecto a la fuerza vinculante de los informes de la Comisión IDH. Era una contradicción manifiesta que por un lado se invocaran derechos y obligaciones reconocidos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y, que por el otro se pusiera en cuestión la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación de esos mismos instrumentos. Bidart Campos y Albanese preguntan: "*para qué aceptar la intervención de un organismo supraestatal si luego lo que señala, recomienda o resuelve ese organismo no va a cumplirse o, en el mejor de los casos, se cumplirá como le parezca al país, erigido en algo así como "intérprete" de lo que la Comisión IDH ha dicho*"<sup>147</sup>.

En el caso "Casal" (2005)<sup>148</sup> la CSJN asume plenamente la línea jurisprudencial del caso "Simón" (2005) afirmando que, en materia de la garantía de doble instancia prevista en los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP), debe seguirse el criterio compatible "*con el criterio sentado en los dictámenes del **Comité de Derechos Humanos** de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*". El valor de esta sentencia radica en que se considera a un dictamen emanado de un organismo internacional de control, (en este caso el Comité de Derechos Humanos) **vinculante** a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones internacionales. Debemos tener en cuenta aquí que en este caso se menciona expresamente al Comité de Derechos Humanos de la ONU, el mismo órgano que emitió el dictamen en el caso L.M.R.

La misma línea fue ratificada en el caso "M.D.E. y otro" (2005)<sup>149</sup> donde se estableció el alcance que debe asignársele a la "justicia penal de menores" siguiendo no sólo el mandato de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sobre la

<sup>147</sup> Bidart Campos, Germán y ALBANESE, Susana, "El valor de las recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos", JA, 1999-II-347.

<sup>148</sup> CSJN, caso "Casal" — LA LEY, 2005-F, 110—, sentencia de 20 de septiembre de 2005, considerando 34. En el mismo sentido, caso "Martínez Areco", ya citado, considerando 35.

<sup>149</sup> CSJN, caso "M.D.E. y otro", sentencia de 7 de diciembre de 2005, LA LEY, 2005/05/05.

materia, sino la **jurisprudencia de sus organismos internacionales de control**. Así, se sigue la interpretación del Comité de los Derechos del Niño (en su análisis del sistema juvenil argentino con referencia a la CDN), del Comité de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 14 (PIDCP)<sup>150</sup>, y de la Corte IDH **Es más, se afirma claramente que el citado Comité de los Derechos del Niño es el "intérprete" de la CDN.**

El valor dado a la **jurisprudencia** de los órganos de control de los tratados resulta clave en el caso L.M.R., para avanzar en el reclamo de la revisión de la legislación criminalizadora del aborto, debido a que, en ese sentido, las Observaciones Finales que el Comité ha enviado a Argentina (que deben considerarse también jurisprudencia e interpretación válida del Pacto), solicitan expresamente al Estado que revise la legislación que penaliza el aborto.

En efecto, luego de la sesión llevada a cabo en el año 2000, el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación Final referida a este tema: *"(...) El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación."*<sup>151</sup>

En el año 2010, el Comité de Derechos Humanos volvió a hacer recomendaciones a nuestro país sobre el mismo tema: "El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo (arts. 3 y 6 del Pacto). El Estado parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal."<sup>152</sup>

Teniendo en cuenta que las Observaciones Finales son jurisprudencia emitida por el Comité de Derechos Humanos, en interpretación de la aplicación del Pacto y que esa

<sup>150</sup> *Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 13.*

<sup>151</sup> *CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 14.*

<sup>152</sup> *CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010*

interpretación estipula las “condiciones de vigencia” del Pacto en nuestro país, estas Observaciones Finales son de cumplimiento obligatorio por todos órganos del Estado.

## “L.M.R. Vs. ESTADO ARGENTINO”: PATRON DE VIOLACIONES

*Silvia Juliá 153*

A pesar de la antigüedad de la normativa sobre aborto no punible en Argentina, los pedidos para acceder a la interrupción del embarazo en los casos contemplados en el Código Penal siguen encontrando obstáculos tanto en los servicios de salud pública como en el sector de la Justicia.

En la Justicia los dispositivos de obstrucción se han ido renovando e incrementando en los últimos años. En ocasiones, funcionarios y magistrados han llegado a librar órdenes judiciales tendientes a impedir que el servicio de salud realice la práctica, o se han rechazado los pedidos, o designado varios defensores al feto para que interpongan recursos, entre otras estrategias disuasorias. Las mujeres que se informaron y tomaron la decisión de acogerse a lo que la ley les permite fueron enviadas a recorrer un circuito innecesario de reparticiones públicas que no han sido reguladas por ninguna disposición legal y por lo tanto, obligadas a soportar la intromisión ilegítima de personal de menor jerarquía, que a su vez espera que sus decisiones sean refrendadas por sus superiores jerárquicos, a pesar de que en los últimos años la jurisprudencia de las máximas instancias judiciales ha sido favorable y se encuentra bien fundada.

Las interferencias de los profesionales de la salud generalmente se refieren a la dilación de la práctica mediante la exigencia de requisitos que no están contemplados en ninguna ley, como la solicitud de la autorización judicial o la intervención de organismos cuya opinión no tiene validez legal, por ejemplo, de los comités de bioética, cuyos dictámenes – muchas veces contrarios a derecho– sustentan el accionar médico. Nada es legal y, sin embargo, funciona como si lo fuera. Además de todo esto y como última opción para que desistan de la práctica, los efectores de salud suelen presionar a la interesada o a su familia para que retiren el pedido porque el tiempo ha pasado y “el aborto es riesgoso”. El monitoreo que hemos llevado adelante nos permitió verificar asimismo que en los casos de solicitud de aborto por violación, el circuito por el que hay que llegar a la práctica es mucho más intrincado y a menudo más perverso. Aunque se trate de mujeres con discapacidades mentales o niñas cuyo embarazo es resultado de un incesto siempre, pareciera, está presente la obligación de ser madres. En el caso de L.M.R. las diferentes instancias judiciales que intervinieron intentaron crear un manto de

*153 Abogada, integrante del equipo coordinador de Católicas por el Derecho a Decidir, Argentina. Forma parte de la coordinación colegiada de la Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir.*

sospecha en relación a que la joven que tiene una edad madurativa de ocho años, podía perfectamente criar un niño, atenderlo, darle afecto, etc. cuando ella ni siquiera entendía lo que le estaba pasando. "Si bien es claro que tendrá marcadas dificultades para llevar adelante su rol de madre, no parece que sea incapaz de brindar afecto a su hijo y de encontrar en la maternidad un hecho motivador que le permita adquirir cierta madurez en su personalidad, por lo que -con las limitaciones que reconozco en cuanto a la provisoriedad de esta apreciación frente a la ausencia de una opinión técnica psicológica sobre el tema - considero que debidamente asistida podría rodearse al por nacer de un ambiente familiar idóneo", afirmó en su voto uno de los jueces de la Suprema Corte bonaerense que integró la minoría que se opuso a darle aval al pedido L.M.R.<sup>154</sup>. El fundamentalismo ideológico de este juez lo lleva también a proponer absurdos jurídicos en la causa --que no se condicen con su ubicación jerárquica en la Justicia de la provincia de Buenos Aires-- como el pedido de que la Corte "oiga" al *nasciturus* a través de una ecografía tridimensional, solicitud que por supuesto le fue rechazada.

Desde el año 2005 en que se conformó la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito<sup>155</sup>, se visibilizaron numerosos casos de aborto no punible --en los que la interrupción del embarazo se obstaculizó arbitrariamente--. En algunos de ellos se logró el acceso a la práctica médica y se forjaron vínculos solidarios con las familias también desde la comunidad. Desnaturalizar el sistema que se fue construyendo a lo largo de los años para obstaculizar el acceso al aborto legal es un objetivo de la Campaña que se ha ido cumpliendo a partir de la denuncia y el seguimiento de las historias de las propias mujeres en diferentes lugares del país. El conocimiento de estas historias sensibilizó a la opinión pública que se tornó más favorable y aceleró el debate sobre la necesidad de mejorar las leyes y las prácticas de salud en relación al aborto. Instalado el debate público a partir de la propia realidad de las mujeres, que se atrevieron a hacer frente a la estigmatización proveniente de la circunstancia de que en nuestra legislación el aborto sea un crimen, se incrementó el consenso social a favor de la despenalización y legalización del aborto.

Hacer la crónica de esos recorridos que de manera obligatoria --aunque ilegítima-- hacen las mujeres y que muchas veces las vuelve al lugar en que iniciaron el pedido sin ninguna respuesta, fue necesario para sustentar la demanda internacional por la violación

<sup>154</sup> SCJ provincia de BsAs causa: Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'".

<sup>155</sup> [www.abortolegal.com.ar](http://www.abortolegal.com.ar)

a los derechos humanos de L.M.R., que incluyó la solicitud de implementación de medidas para la no repetición, como la implementación de los protocolos de atención del aborto no punible y la revisión de la legislación que penaliza el aborto.

Bajo el epígrafe “Patrón de violaciones”, se fundamentó la relevancia de presentar el caso ante instancias internacionales:

*“El caso de L.M.R., no es un caso aislado. Al contrario, forma parte de una serie de hechos similares, ocurridos en distintas partes del país. Sólo para mencionar los más cercanos cronológicamente al caso de L.M.R., acompañamos notas de prensa sobre casos ocurridos en Lomas de Zamora (2005), Rosario (Enero 2006), Mendoza, (Agosto 2006), Corrientes (Noviembre, 2006) y Mar del Plata (Enero 2007), y Santa Fe (Mayo 2007).*

*Las dificultades para acceder al aborto legal no sólo son padecidas por mujeres con discapacidades, que han sido violadas. Existen numerosos casos de mujeres para las que la continuación del embarazo significa un riesgo para su vida y/o su salud, y, a pesar de constituir esto también una causal de aborto legal admitida en el país, es casi imposible obtener el acceso a servicios de salud que lo efectivicen, aún en los casos más restringidos de salud física”<sup>156</sup>.*

Dos casos de solicitud de aborto terapéutico con riesgo inminente para la vida se hicieron públicos antes de que presentáramos el caso L.M.R. ante el CDH. Uno fue el caso A.K., cuya identidad se mantuvo en reserva, y el otro, el de Ana María Acevedo, cuyo nombre se conoció a partir de su muerte, cuando fue tomado como bandera de lucha por el movimiento de mujeres. Ambos casos son paradigmáticos en cuanto a la violación de los derechos humanos de esas mujeres: en el primero porque transcurrieron tres meses desde la solicitud hasta que se realizó el aborto terapéutico, lo que agravó los riesgos de morir al extremo; y en el segundo, el aborto fue negado condenándola a muerte. Ambos merecen ser contados, recordados, analizados, formar parte de la memoria de las mujeres así como de la currícula de las facultades de Medicina y Derecho, también como medida tendiente a garantizar su no repetición.

## **I. Un caso de aborto no punible en Buenos Aires**

A.K. tenía 35 años cuando en abril de 2005 solicitó un aborto terapéutico. Madre de

<sup>156</sup> Comunicación No 1608/2007 presentada ante el Comité de Derechos Humanos (PIDC)

cos hijos pequeños, vivía junto a su esposo y los chicos en un barrio pobre en el sur del conurbano bonaerense. Su estado de salud era delicado y su precaria situación socioeconómica le impedía acceder a la medicina privada ya que el único ingreso de la familia provenía de un Plan Jefas y Jefes de Hogar (un subsidio estatal para desocupados) que cobraba su marido. En sus antecedentes médicos constaba que padecía de hipertensión, una enfermedad coronaria severa y trastornos de obesidad. A los 22 años tuvo su primera hija y tres años antes había sufrido un aborto espontáneo; en los primeros meses del año 2000 nació su segundo hijo y luego, en el 2003, perdió una gestación de 25 semanas y los síntomas de sus enfermedades se acentuaron. Desde hacía al menos dos años reclamaba, sin suerte, en Hospital Evita de Lanús una ligadura tubaria, para evitar poner en riesgo una vez más su vida con un nuevo embarazo.

Cuando a mediados de abril de 2005 concurrió al mismo hospital cursando un embarazo de 8 semanas, siete médicos coincidieron en que por su delicado estado de salud debido a su hipertensión, secuelas de tabaquismo, obesidad, cardiopatía severa y un eventual cuadro de eclampsia –lo que podría derivar en la muerte de la paciente y el feto– era aconsejable interrumpir la gestación. El caso encuadraba en la figura no punible del aborto terapéutico (art. 85 inciso 1º del Código Penal) que no requiere más que la intervención de un médico y el consentimiento de la mujer para realizarse. Sin embargo, los facultativos le informaron que era necesaria una venia judicial para hacer la práctica. Pese a que eran conscientes de que los riesgos crecerían a medida que progresaba el embarazo, el servicio de salud en lugar de actuar en consecuencia la abandonó a su suerte. En una entrevista a un médico gráfico, A.K. señaló que los mismos obstetras que le indicaron interrumpir el embarazo para salvaguardar su vida “no querían llevar el cartel de abortivos” y por esa razón, le exigieron pedir una autorización judicial. “Entonces –siguió la mujer– yo tenía que hacer todo ese trámite legal para que ellos tuvieran un aval mayor de que el día de mañana no me arrepintiera y no les hiciera un juicio, en el cual pudieran poner en juego su matrícula. Yo les dije que si estaba pidiendo ayuda (...), obviamente no iba a ser tan sinvergüenza de hacer un juicio posterior”. Incluso, la mujer denunció que una de las médicas que la empujó a la Justicia no quiso después presentarse a declarar cuando fue citada por el Tribunal Nº 2 de Lomas de Zamora: “Me dijo que ella no era ninguna delincuente para ir a ninguna Justicia”.<sup>157</sup>

Sin dinero para pagar asistencia legal privada A.K. inició el trámite con el

asesoramiento de la defensora oficial Silvina Barbelli en los Tribunales de Lomas de Zamora. En la presentación se adjuntaron los informes que referían la indicación del aborto de parte de la Jefatura del Servicio de Obstetricia y de la Unidad Coronaria del Evita, y el dictamen del Comité de Bioética, que consideró que no existía objeción ética, para salvaguardar la vida de la paciente, seriamente afectada por sus antecedentes de enfermedad y su actual embarazo. Tal como figura en la causa, se adjuntaron todas las constancias para una rápida resolución favorable a la práctica. "A fs. 6 se encuentra agregado un certificado médico de fecha 29-IV-2005 suscripto por el Dr. Héctor A. Gabbi, Jefe de Maternidad del Hospital Interzonal de Agudos "Evita" de Lanús y por la Dra. Raquel Dorá Wallach, del cual surge que "la Jefatura del Servicio de Obstetricia" del referido nosocomio público considera "que por sus antecedentes y tratándose de una cardiopatía severa y embarazo, la prosecución del mismo implica riesgo de mortalidad materna...". Más adelante, en el expediente judicial se afirma: "En el certificado de fs. 7 refrendado por el Jefe de Internación de la Unidad Coronaria --Dr. Raúl H. Capece-- y por el especialista en cardiología --Dr. José Carlos Borgo-- se concluye que "por el alto riesgo de morbimortalidad materno-fetal" que la condición de gestación "le impone a su situación de enferma cardiovascular severa, es aconsejable interrumpir el embarazo e iniciar tratamiento psicológico para atenuar las consecuencias del trauma psicoemocional emergente de tal decisión", fundando la conducta sugerida "en las recomendaciones que la Sociedad Europea de Cardiología establece para el manejo de pacientes con embarazo y enfermedades cardiovasculares (*European Heart Journal*; 2003 Vol. 24 pág. 761/781)". A fs. 8, luce agregada copia del informe de la Dra. Adriana M. Gimigliano, médica cardióloga, el que también determina la cardiopatía de la paciente y previene sobre el riesgo de vida que puede experimentar. A fs. 9 obra dictamen firmado por los Dres. Juan Francic y Raquel Suliban, del Comité de Bioética del Hospital Interzonal de Agudos "Evita", incidiendo "que no existiría objeción a una conducta activa, que deberán decidir los profesionales tratantes, para guardar la vida de la paciente, seriamente afectada por sus antecedentes de enfermedad [de los que da cuenta la historia clínica también agregada al expediente] y su actual embarazo", enfatizando la necesidad de urgente solución del referido problema. Asimismo, los Dres. Capece y Borgo al comparecer ante los jueces de la instancia de grado a la audiencia fijada al efecto (cfr. fs. 140 y vta.) ratificaron lo descripto en los informes antes indicados, exployándose sobre las características, consecuencias y riesgos de la enfermedad de la actora ante su situación actual de embarazo. A fs. 20 y vta. obra una copia del resumen de la historia clínica de la paciente.

firmada por la Dra. Raquel D. Valach, en la que se puntualiza la pérdida del embarazo y consecuente muerte fetal intrauterina que la actora padeció en el año 2003, a las 25 semanas de gestación, circunstancia completada con la documentación aportada por el hospital público referido (v. historia clínica, en particular fs. 38)”<sup>158</sup>.

Dos funcionarios del Poder Judicial fueron designados para “la defensa del por nacer”: el defensor oficial como tutor *ad litem* del feto y el asesor de Menores e Incapaces, quienes concurrentemente representaron al *nasciturus*, y fueron los encargados de introducir las impugnaciones y recursos para impedir la ejecución de los fallos favorables de todas las instancias.

A mediados de mayo, con una gestación de más de doce semanas, la jueza a cargo de la causa resolvió: “Declarar respecto del pedido efectuado por la Sra. A. K. C. P. , con la conformidad de su cónyuge Sr. P. , que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la nombrada”. La resolución fue apelada por la representación del “*nasciturus*”, cuyos escasos argumentos son introducidos al solo efecto de ganar tiempo. El expediente llegó al Tribunal de Familia Nº 2, que falló a favor del pedido. La decisión se fundamentó en la “existencia de un conflicto entre la «vida de la madre» o la «salud de la madre» y la «vida del feto», que sólo puede ser resuelto por el aborto terapéutico, y bajo las condiciones establecidas por la norma, su práctica viene autorizada por el ordenamiento, en cuanto el legislador penal la exime de punición”.

Los representantes de la persona por nacer presentaron un planteo de nulidad y dos recursos de inaplicabilidad de la ley. Entre los fundamentos del recurso se cuestionó las pruebas que aseguraban que si continuaba el embarazo la mujer moriría, es decir, se pusieron en duda los informes y certificados médicos: “Sólo se demostró que existe riesgo”, fue uno de los argumentos. Aparecen también argumentos que intentan menospreciar el derecho de la mujer a la salud y a la vida, se reclama la defensa del niño por nacer por encima de cualquier derecho que se invoque.

Con la interposición de los recursos se perdió tiempo, que corrió en contra de la vida de A.K. El 24 de junio de 2005 el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. El 27 de junio, el presidente del máximo tribunal de la provincia, entonces, Héctor Negri, convocó a una sesión de acuerdo extraordinario para resolver el caso. La reunión se prolongó hasta las 23 horas. En fallo dividido, la corte bonaerense se expidió a favor de

<sup>158</sup> SCJ Bs. As Sentencia definitiva en la causa Ac. 95.464, “C. P. d. P., A. K. Autorización”.

la realización del aborto terapéutico, ratificó la constitucionalidad del art. 86 inciso 1º del Código Penal y advirtió sobre la innecesariedad del pedido de autorización judicial realizado por los médicos. En ese acuerdo extraordinario, por seis votos a favor y tres en contra, la Corte bonaerense sentó jurisprudencia en el tema. Pese a que en el caso era absolutamente clara la aplicación de la figura de aborto no punible, tan fuerte fue la presión de los grupos conservadores que en el voto de la mayoría se desarrollaron una cantidad de argumentos para justificar que la Corte estaba obligada a salvar la vida de la mujer gestante. Vale destacar que ella siempre es señalada como “madre”.

Entre los fundamentos, el juez Roncoroni destacó que el caso planteado configuraba una situación de riesgo y urgencia para la madre si la misma proseguía con su embarazo, lo que tornaba procedente la interrupción de la gestación. En la sentencia, afirmó: “No parece constitucionalmente objetable que en el trance crítico, de grave peligro para la salud de la madre, la ley disponga que la vida o salud de ésta prevalece sobre la vida de la persona en gestación, ya que no parecería haber contradicción entre lo estipulado por el artículo y las Convención Americana de Derechos Humanos. Debe rechazarse el recurso de inaplicabilidad de la ley deducido contra la sentencia que autoriza la interrupción del embarazo, ya que al considerar en peligro la vida de la madre, puesto esto de manifiesto por los profesionales médicos actuantes, siendo éstos quienes han juzgado necesaria la interrupción por considerar que median las circunstancias que enuncia el citado artículo del Código Penal”. También Roncoroni dijo: “La decisión de la mujer de preservar su vida o su salud a costa de la vida del concebido no implica que la ley le quite valor al heroísmo, sino que sencillamente no puede exigirlo.”. Y más adelante, afirmó: “Según surge del Art. 86 inc. 1 del Código Penal, los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los periodos previos como iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y el final destinada a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer en cinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimiento científico que permita apreciar con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica. Pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica y científica del profesional médicos determinar si se da situación descrita por el Art. 86 inc. 1.”

En el fallo, hay una clara advertencia a los médicos/as sobre su responsabilidad profesional. Al respecto, se dice: “Ni es admisible que los médicos verbalmente (...) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los

gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 del Código Penal..."

El voto reconoce el derecho del médico a negarse a intervenir en un aborto fundado en la libertad de conciencia, pero advierte que no podrá excusarse de realizar la práctica cuando se lo imponga la necesidad o urgencia que no admiten esperas ni dilaciones porque si no lo hace "su conducta será reprochable", e incluso puede llegar a tipificar "el delito de abancono de persona".

Por el contrario, en el voto de la minoría encontramos argumentos discriminatorios hacia las mujeres quienes no son tratadas como sujetos morales autónomos, titulares de derechos humanos. Así el juez Pettigiani se inclinó por que la mujer acepte el destino de morir en aras de salvar la vida del feto. Para ese magistrado ella era sólo un medio a través del cual otra vida sería posible: "...cabría preguntarnos si la maternidad no obliga a soportar riesgos. Entiendo que sí. La naturaleza de persona del ser concebido así lo impone. El respeto de la madre por la vida del *nasciturus* debe ser tan absoluto como el que tiene por su propia vida, y sólo debe acceder al sacrificio de aquélla cuando la extinción inminente de la suya, ce no actuar así, apareje transitivamente la muerte de aquélla". El voto del juez Negri, en tanto, niega la posibilidad de autorizar el aborto aún admitiendo el riesgo inminente de muerte ya que también considera que la mujer está sujeta a la biología: "Maternidad y paternidad tienen un riesgo. El amor es un riesgo. También juzgar. Todos los días caen obreros desde los andamios de las obras (...) son muchos hombres, mujeres, los que mueren, en distintos lugares, asumiendo el riesgo de sus vidas..."

Hasta que la sentencia de la corte bonaerense no quedó firme A.K. debió seguir esperando para abortar, soportando el asedio y la agresión de personas y organizaciones fundamentalistas católicas, que intentaron que no se cumpliera el fallo mediante presiones y amenazas que buscaban intimidar a los profesionales de la Medicina. Desde la jerarquía de la Iglesia Católica también se convocó a desobedecer a la corte.

Contradiciendo la sentencia, al día siguiente de conocido el fallo el coordinador del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina (UCA), presbítero Rubén Revello, manifestó en un comunicado de prensa que "el deber de todo profesional de la Medicina es defender la vida (tanto la de la madre como la del niño por nacer) y, en este esfuerzo, debe empeñar todos los medios a su alcance". Si bien evitó referirse al fallo, expresó que "nunca la muerte intencional de un paciente (máxime cuando es sano) puede ser una opción terapéutica para curar a otro enfermo". El especialista religioso pidió

'tiempo' para intentar salvar a la criatura. 'Si esperamos hasta las 24 semanas de gestación, el bebé tendría, con los avances técnicos que existen hoy, la posibilidad de vivir', argumentó, despreciando la vida de la mujer.<sup>159</sup>

El entonces ministro de Salud de la Nación, Ginés González García<sup>160</sup>, elogió el fallo y expresó su posición a favor de que se "amplie" la despenalización del aborto "en función de proteger la vida y, sobre todo, disminuir la mortalidad materna, que es uno de los temas graves que tiene la Argentina. González García criticó el accionar de los médicos, que obligó a A.K. a recurrir a los Tribunales para que le realizaran la interrupción del embarazo.

Unas horas antes de que la sentencia quedara firme y en condiciones de ser cumplida, el 1º de julio de 2005, el director general y el director médico del Hospital Universitario Austral<sup>161</sup>, en una clara maniobra dilatoria, le enviaron una nota a las autoridades del Hospital Evita, de Lanús, donde estaba internada A.K., para ofrecerles primero una segunda opinión del diagnóstico y, después, un tratamiento cardiovascular para intentar salvar a la mujer y al feto. Ofrecieron 'colaboración' en un caso en el que ya habían intervenido numerosos profesionales<sup>162</sup>. El arzobispo de La Plata, Héctor Aguer, opinó que los jueces de la Suprema Corte bonaerense "han incurrido en una grave irresponsabilidad ética y jurídica". "Que Dios y la Patria se lo demanden", reclamó en un comunicado titulado "Permiso para matar"<sup>163</sup>. En lo que se demostró como una acción coordinada, el 6 de julio un grupo de obispos de la provincia de Buenos Aires emitieron un comunicado de prensa refiriéndose a los términos de la resolución del máximo tribunal provincial, en el que señalaron: "La postura que la Iglesia Católica ha sostenido siempre en relación a la vida humana es que la misma debe ser respetada desde su concepción. En el caso indicado, el niño por nacer tenía veinte semanas de vida en la fecha del fallo. Ha habido propuestas de profesionales médicos para colaborar en la atención de la madre y de su hijo, y evitar la interrupción forzada del embarazo. Esta interrupción constituiría un verdadero crimen, un atentado al más fundamental de los derechos de las personas: la vida" Se dirigen especialmente a los médicos ya que también destacan que la tradición cristiana y la enseñanza ininterrumpida de la Iglesia ha sostenido con firmeza la posición contraria al aborto. En este sentido exponen: "Un católico no puede

<sup>159</sup> *La Nación*, versión digital, Argentina 30/06/2005.

<sup>160</sup> *Clarín*, versión digital, Argentina, 30/06/2005.

<sup>161</sup> *La Universidad Austral*, fin creada en el año 1990, por integrantes del Opus Dei.

<sup>162</sup> *La Nación*, versión digital, Argentina 02/07/05.

<sup>163</sup> *Página 12*, versión digital, Argentina 02/07/05.

legítimamente propiciarlo ni colaborar en su realización. Esta posición se encuentra igualmente incluida en las leyes fundamentales de la Nación"<sup>154</sup>.

Pero según un maturo el dato más irritante para la Iglesia fue la posición del ministro de Salud, Ginés González García, quien consideró "una buena noticia" el fallo de la Corte bonaerense, aunque aclaró que el caso nunca debió llegar a la Justicia porque la ley que permite el aborto terapéutico es clara<sup>155</sup>.

Pese a todo, A.K. logró la satisfacción de su derecho en un servicio público de salud en condiciones de atención adecuadas, pero para llegar hasta ese momento debió atravesar un sinnúmero de padecimientos, angustias, presiones, esperas e interpelaciones por el solo hecho de apreciar su vida.

#### **I. Un caso de aborto no punible en Santa Fe**

En el caso de Ana María Acevedo, una joven de veinte años, oriunda de la localidad de Vera, Santa Fe, a quien en noviembre de 2006 se le diagnosticó un cáncer en un hospital público, fue el sistema de salud pública el que le quitó toda posibilidad de vida. Al igual que A.K., su situación socioeconómica no le permitía acceder a la medicina privada por lo que dependía absolutamente de la respuesta que le brindara el servicio público de salud, debido a que con sus tres pequeños hijos y sus padres vivían a partir de la percepción de planes sociales. Su drama se inició mucho antes de quedar embarazada, ya que en mayo de 2006 Ana María había concurrido a la salud pública de Vera, a causa de los fuertes dolores que tenía en la boca. Allí por un diagnóstico errado le sacaron una muela y la mantuvieron alrededor de tres meses sin derivación ni autorización para que concurren a un centro de mayor complejidad en Santa Fe. Solo recibía calmantes e inyecciones que no le hacían efecto. Como los meses pasaban sin que su condición mejorara, su madre solicitó el traslado a un hospital de Santa Fe, pero ese pedido también le fue negado. En el mes de noviembre a pesar de la negativa y de la falta de recursos económicos para afrontar el viaje hasta la capital santafesina, la madre de Ana María habló con un abogado y consiguió la derivación al Hospital José María Cullen, donde la internaron y la operaron de un sarcoma en el maxilar superior derecho.

Luego de la intervención, Ana María y su familia volvieron a su casa en Vera. En diciembre Ana María regresó a Santa Fe para someterse a un tratamiento de rayos y quimioterapia. Pero cuando llegó al Hospital Iturraspe –por derivación del Hospital Cullen-

<sup>154</sup> AICA (Agencia Informativa Católica Argentina) 66:67/65  
<sup>155</sup> Clarín, versión digital, Argentina, 03-07-05.

- le anunciaron que como tenía en su vientre un feto de tres semanas de gestación, el tratamiento de rayos y quimioterapia estaba contraindicado. Norma, su madre, solicitó entonces la interrupción del embarazo para que pudiera continuar con el tratamiento. En el Hospital le respondieron que tal práctica no era posible y además le advirtieron que no fuera a los medios ni a un juez porque sería inútil. Sobre el pedido de la interrupción de embarazo, el director médico Iturraspe declaró a los medios que "ellos querían que se hiciera el aborto, pero sólo podía ser si era terapéutico y con la autorización del juez, que no consiguieron".

Sin atender el grave problema de salud de la joven, se le hizo firmar el alta voluntaria --siendo ella prácticamente analfabeta- para que se volviera a Vera. A mediados de marzo Ana María regresó al Hospital Iturraspe. Se realizó una convocatoria desde el Servicio de Oncología, para que su caso fuera tratado por el Comité de Bioética del mismo hospital. El 28 de marzo, el Comité se reunió y recomendó que por las características del embarazo se esperara hasta las 24 semanas de gestación para hacerle una cesárea, de manera que el feto pudiera madurar dentro de la madre durante el mayor tiempo posible para que tuviera mejores posibilidades de sobre vida. Ante la negativa a realizarle el aborto, a principios de abril los padres de la joven concurren a la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, donde se entrevistan con el Coordinador del Centro de Asistencia a la Víctima y Protección al Testigo y la Defensora Adjunta, y les pidieron asesoramiento para presentar una solicitud de autorización de aborto a un juez penal. Pero en la Defensoría les explicaron "que el caso de su hija, al correr riesgo de salud por el embarazo, se trataría de un embarazo terapéutico que no está penalizado, por lo que no tenía sentido solicitar una autorización a un juez penal dado que la ley no prohíbe su práctica". Desde el organismo provincial tomaron contacto con el director del Hospital Iturraspe, Andrés Elleana, y le plantearon que no podían exigir a los padres una autorización judicial para un aborto que no la requería. El doctor Ellena les explicó que no tenían previsto un aborto sino que esperarían hasta que el embarazo tuviera 24 semanas y entonces practicarían una cesárea. Cuando le preguntaron si esa espera no afectaba a la salud de la paciente, el director derivó el planteo al jefe de Oncología, quien junto a una profesional de esa especialidad les dijo que el caso de la joven era muy serio, tanto como el tipo de cáncer que padecía, y que siempre había que actuar con la mayor celeridad pero que esa espera podría, en última instancia, cumplirse. Tras haberse advertido que había una incompatibilidad de sangre lo que daba un grave pronóstico, Ana María recibió como paliativo un tratamiento con gammaglobulina.

Su cuadro se fue agravando. El 26 de abril, presentó trastornos hemodinámicos por lo que en el Hospital resolvieron hacerle la cesárea. La joven dio a luz una niña de 450 gramos que falleció al día siguiente y luego tuvo que ser trasladada a la Unidad de Terapia Intensiva, donde permaneció por un día y posteriormente fue llevada al Servicio de Oncología.

Recién el 1° de mayo, Ana María comenzó con su tratamiento oncológico de rayos, pero tras la primera aplicación se descompensó, lo que derivó en la necesidad de una traqueotomía. La joven sufría terribles dolores. Mientras agonizaba, se desarrollaron acontecimientos sociales y políticos promovidos por la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe, algunas legisladoras y los propios padres de la muchacha. La legisladora socialista Lucrecia Aranda realizó un pedido de informes que ingresó a la Cámara de Diputados de la Legislatura Provincial, requiriendo “con carácter de urgente” la presencia de la ministra de Salud para que diera un informe sobre lo actuado por los efectores intervinientes (SAMCo ciudad de Vera, Hospital Cullen, Hospital Iturraspe). Aranda consideró que “en principio y con la información disponible estamos ante un caso de incumplimiento de deberes de funcionario público y abandono de persona”<sup>166</sup>. Mediante el pedido de informes, la diputada solicitó al Ejecutivo precisiones sobre las razones por las cuales “se le habría negado a Ana María Acevedo acceder a la interrupción del embarazo”.<sup>168 169</sup>

El 11 de mayo la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe junto con la familia de Ana María realizó una presentación ante la Secretaría de Derechos Humanos de la provincia para denunciar las reiteradas violaciones que sufrieron. En el escrito se hizo constar que los funcionarios de la salud, médicos de hospitales públicos de la ciudad de Santa Fe, habían trasgredido los deberes médicos de asistir y brindar tratamiento adecuado para la enfermedad, privilegiar la salud, aliviar el sufrimiento y promover el bienestar y una mejor calidad de vida de la persona, anteponiendo sus creencias y opiniones personales por sobre las decisiones de la paciente y sus progenitores, amparadas por las leyes vigentes.

Ana María entró en estado de coma farmacológico y horas después falleció en la sala de Terapia Intensiva del Iturraspe el 17 de mayo de 2007. Al día siguiente integrantes de la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe marcharon hasta el Hospital para protestar frente a las autoridades y los médicos que estuvieron a cargo de su atención. Repudiaron el avasallamiento de los derechos a la salud y a la vida, y la discriminación que Ana María

<sup>166</sup> *La Capital*, versión digital, Argentina 02/05/07

<sup>167</sup> *Info341*, versión digital, 12/05/07

<sup>168</sup> *Yahoo Noticias*, versión digital 02/05/07

tuvo que sufrir por ser analfabeta y poseer escasos recursos materiales y simbólicos para exigir la atención médica adecuada. El director del Iturraspe se amparó en el secreto de la historia clínica donde supuestamente estaban las razones de las decisiones que se habían tomaron, argumento falaz ya que nada de eso se demostró cuando pudo conocerse su contenido<sup>169</sup>.

Como respuesta a la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe, el arzobispo de Santa Fe, José María Arancedo<sup>170</sup>, salió a respaldar a los médicos del Iturraspe y dijo que "el aborto no es un derecho, sino un delito"<sup>171</sup>. La delegada en Santa Fe del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), Estela Vallejos, sostuvo que el titular del Hospital Iturraspe debería alejarse del cargo y pidió su renuncia. La ministra de Salud de la provincia, Silvia Simoncini, anunció la realización de un sumario para deslindar la responsabilidad en la muerte de Ana María y su hija, de Ellena y de los médicos que las atendieron.

Entre otras de las aristas graves del caso, el 21 de mayo el delegado del Consejo de la Comunidad del Iturraspe --integrado por organizaciones de la sociedad civil-- reveló a la prensa que el director del Hospital también se había negado a proporcionar una ración de comida a la madre de Ana María, mientras la joven estuvo internada en el establecimiento público: "Tuve que insistir tres veces y someter el tema a la votación del Consejo para que le dieran de comer a la madre de Ana María, que no tenía recursos", dijo el delegado.

El 22 de mayo la ministra Simoncini remitió al fiscal Nº 1 en turno, Pedro Guevara, una copia del sumario, la historia clínica de Ana María y todos los antecedentes del caso. El sumario incluyó el dictamen del Comité de Bioética del Iturraspe sobre el pedido de aborto de Ana María, que también se remitió a la Justicia, y que había sido firmado por la enfermera Elsa Albarracín, la licenciada en Servicio Social María I. Artigues y la magíster en Bioética Silvia Brussino. El Comité de Bioética afirmó que la de Ana María era una patología de mal pronóstico; admitió que en ese estadio de la enfermedad aún se le podía hacer quimioterapia y radioterapia como chance para mejorar su calidad de vida, y a la vez descartó que se la sometiera a otra cirugía. En su resolución, los integrantes del Comité sostuvieron que con el embarazo en curso ambas posibilidades terapéuticas (rayos y quimioterapia) debían descartarse. Ante la pregunta "¿en algún momento se pensó en un aborto terapéutico?", el Comité fue taxativo: "**Por convicciones, cuestiones**

<sup>169</sup> *M Activa Vera* 100.9

<sup>170</sup> *Arancedo acaba de ser designado presidente de la Conferencia Episcopal Argentina.*

<sup>171</sup> *Rosario, versión digital, 12/10/06*

***religiosas, culturales, en este hospital (y en Santa Fe) no***<sup>172</sup>.

A partir del trabajo de las abogadas Lucila Pujol y Paula Condrac --pertenecientes a la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe--, que de manera solidaria patrocinan a la familia en la búsqueda de Justicia por la muerte de Ana María, a fines de junio de 2008 se obtuvo una gran victoria judicial al lograrse los procesamientos de los médicos responsables principales de su desatención. Fueron procesados por los delitos de "lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público en concurso real", los jefes de Ginecología y de Oncología y el director del Iturraspe. Por los delitos de "incumplimiento de deberes de funcionario público", el médico radioterapeuta, responsable de realizar radioterapia a Ana María; la directora del SAMCo de la ciudad de Vera --donde la joven fue atendida en primer lugar-- y el presidente del Consejo Asesor del mismo establecimiento, que no permitió el traslado de Ana María a un hospital de la ciudad de Santa Fe.

El acceso a la historia clínica develó además que la decisión del cuerpo médico y de los funcionarios de mayor jerarquía del Hospital Iturraspe de no realizar el aborto terapéutico que podría haber salvado su vida se extendieron a la negativa de proporcionarle tratamiento paliativo del dolor --que actuara de manera efectiva-- por priorizar al feto. A la violación del derecho a la salud y a la vida se sumó la violación al derecho de no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, todos derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No sólo se la dejó morir, además se la sometió --mediante la omisión de tratamiento- con crueldad a padecimientos constantes causando la degradación de su persona.

El hospital intentó encubrir la decisión de negarle el aborto con falsos supuestos jurídicos como la falta de autorización judicial, un requisito que no está previsto en el Código Penal o con el argumento de que pensaban que Ana María podría sobrevivir al parto, una afirmación que no se condice con la propia historia clínica.

**I. Un caso de aborto no punible en Mendoza**

Un caso de solicitud de aborto por violación de una joven discapacitada se judicializó también en el año 2006 en Mendoza, poco después de que trascendiera el reclamo de L.M.R. El pedido lo formuló la madre de C.C.A. ya que la joven, de 25 años de edad, padecía de una grave afección en su salud (síndrome de Lennox-Gastaut), caracterizado

<sup>172</sup> *Página 12, versión digital, Argentina, 28/05/07.*

por convulsiones intratables, frecuentes y retraso mental.

La enfermedad comenzó cuando tenía cerca de cuatro años. A esa edad para no estar postrada en una cama necesitaba una fuerte medicación. Si no la tomaba podía caer en un estado vegetativo. La edad madurativa de C.C.A. era de cuatro años. Vivía en la localidad de Luján de Cuyo, Mendoza, con su madre Ana y su hermana Cristina. Su padre había fallecido años atrás, tres de sus hermanos vivían en Europa y uno en Godoy Cruz, otra localidad de la provincia de Mendoza.

El 7 de agosto de 2006 la madre detectó que su hija tenía un retraso en el ciclo menstrual, y la llevó a realizarse un estudio ginecológico al Hospital Militar. Un análisis comprobó que estaba embarazada y como se trataba de una violación -- por su edad madurativa no tenía posibilidad de dar consentimiento--, al día siguiente presentó la denuncia ante la Fiscalía N° 5 de Maipú, a cargo del fiscal de Instrucción, Hernán Ríos. El Fiscal ordenó al Cuerpo Médico Forense que se realizaran estudios a la joven para precisar qué tipo de abuso había sufrido. En un primer momento, abogados de la familia sostuvieron que podría haber ocurrido en una escuela diferencial. Una de las primeras medidas judiciales que se ordenaron fue tomar testimonial a la directora del establecimiento. Desde Tribunales informaron que la joven también mantenía contacto con familiares varones, por ese motivo no descartaron que el abuso sexual pudiera también tener ese origen.

Ana, la mamá, buscó asesoramiento legal y se presentó junto a dos abogados en el Hospital Militar para solicitar que se le practique el aborto a C.C.A, amparándose en el artículo 86 inciso 2° del Código Penal. Pero los directivos no dieron el consentimiento inmediatamente y, en cambio, convocaron al Comité de Bioética de la institución para analizar los pasos a seguir. En teoría esa audiencia debió haberse realizado el mismo día. Pero no se hizo. Como la medicación que tomaba la joven era incompatible con el embarazo, los familiares manifestaron en el hospital su deseo de que no pasara más tiempo para realizarle el aborto. Por entonces, el embarazo llevaba 11 semanas. Si se demoraba, podría llegar un punto en que no pudiera realizarse por lo avanzado de la gestación, explicó uno de los abogados a las autoridades hospitalarias. Además, aclaró que la joven tomaba un medicamento esencial para seguir viviendo, que podría afectar el desarrollo del feto<sup>173</sup>. Ante la negativa del Hospital Militar, con el argumento de que requerían una autorización judicial, y de que al mismo tiempo, se posponía el

<sup>173</sup> El Sol, versión digital, Argentina 16/08/06

pronunciamiento del Comité de Bioética, los abogados decidieron acudir la Justicia con una acción "autosatisfactiva", es decir, un recurso que atiende los casos urgentes. Fue interpuesto el 16 de agosto de 2006.

Las repercusiones públicas del caso dieron cuenta de la existencia de diversos posicionamientos. El subsecretario de Gestión Sanitaria de Mendoza, Fernando Scherbovsky, aseguró que el caso "no puede representar un dilema ético" y destacó que si en el hospital en el que se atendía a C.C.A se negaban a hacerlo, se le podría practicar el aborto en un centro asistencial público. Por su parte, el entonces ministro de Salud de la Nación, Ginés González García, tomó contacto con su par de Mendoza, Armando Calletti, y expresó su deseo de que "esta vez la Justicia no haga entrar en laberintos" sino que resuelva rápidamente de acuerdo con lo que dice la ley. González García aclaró que no había dudas de que se trataba de un aborto no punible por ser una chica con problemas mentales que había sido violada.

El arzobispado de Mendoza pidió públicamente, a través de un comunicado de prensa, pensar otras alternativas: "Como Iglesia, comprendemos a las personas que sufren injustamente por hechos delictivos. Sin embargo, una injusticia no se soluciona con otra, como sería negarle el derecho a la vida al ser humano en gestación"<sup>174</sup>.

Mientras tanto, el Comité de Bioética del Hospital Militar, donde la familia había pedido la interrupción del embarazo, postergaba por una semana más la reunión que tenía prevista para expedirse, a la espera de la decisión judicial.

El 18 de agosto de 2006, el juez de Familia Germán Ferrer, que intervino en el caso, consideró "que no caben dudas que la situación de C.C.A. se encuentra contemplada por el artículo 86 inciso 2º del Código Penal, que despenaliza el aborto realizado en dichas condiciones o circunstancias, resultando en consecuencia una conducta permitida y lícita", por lo que resolvió dejar en manos de los médicos la decisión de realizar la intervención o no. Al mismo tiempo exhortó "al Poder Ejecutivo provincial a fin de que, por intermedio de sus efectores públicos, brinde a C.C.A. todas las prestaciones que resulten necesarias para asegurar su salud, disponiendo las medidas y tratamientos que resulten convenientes y necesarios a tales fines; como así todo lo que resulte conducente para el goce efectivo de sus derechos en las condiciones establecidas por la ley en sentido amplio"<sup>175</sup>.

A partir de ese fallo, que dejó en manos de la madre y los médicos la decisión de

*174 Clarín, versión digital, Argentina 17-08-06*

*175 Expte. N° 1913/6 - "G. A. R POR SU HIJA C. C. A. P/MEDIDAS TUTELARES"*

dónde y cuándo se realizaría la práctica, grupos fundamentalistas católicos de Mendoza desarrollaron diversas estrategias para impedir el aborto: La ONG Vitam presentó una acción de amparo y un pedido de recusación del juez Ferrer con el argumento de que el magistrado había preopinado sobre lo que pensaba dictaminar. Supuestamente lo hizo al decir a la prensa que "si el caso llega a sus manos tomará una decisión en un lapso de entre 24 y 48 horas", y prácticamente confirmó que autorizaría el aborto, al indicar que "hay una obligación moral de seguir el fallo de un caso muy estudiado, como el de la Suprema Corte de La Plata" en clara alusión a lo resuelto poco tiempo antes frente al pedido de L.M.R.<sup>176</sup> Otras dos entidades de Mendoza denunciaron –falsamente– que la joven contaría con 20 semanas (5 meses) de embarazo y no 12 como insistían sus representantes legales ante la prensa. Según las organizaciones "Vida Más Humana" y "Mujeres por una vida más humana", la historia clínica de la joven presentaba un embarazo avanzado y en condiciones de viabilidad del bebé en caso de alumbramiento.

A partir de ese momento empezaron a presionar a los profesionales de la salud: el 19 de agosto un nutrido grupo de personas se hicieron presentes en los hospitales Militar y Lagomaggiore –donde se podría realizar la práctica– a rezar y a hablar con los directores de ambas instituciones para que se negaran a realizarle la intervención a C.C.A. Vida Más Humana envió un comunicado en el que dijo que se encontraba abocada a elaborar un pedido de juicio político a las autoridades públicas implicadas en el caso, así como una demanda penal al personal de salud que accediera a llevar a cabo el aborto no punible. El Hospital Lagomaggiore depende de la provincia.

Pese a la manifiesta falta de legitimación para actuar en una causa que les era completamente ajena, la Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza hizo lugar a la recusación deducida contra el juez y ordenó intervenir en el caso al titular del Juzgado de Familia N° 2, privando de efectos inmediatos a la decisión de autorizar el aborto. El reconocimiento de legitimación para obrar que la Cámara le otorgó a esa organización civil fue inaudito y sin sustento jurídico. Sin embargo, se logró así conculcar el derecho de A.C.C. que le había sido reconocido por juez Ferrer. La Segunda Cámara de Apelaciones, en un fallo del 20 de agosto de 2006, ordenó "al Sr. Director del Hospital Lagomaggiore, que se abstenga de practicar la interrupción del embarazo de la Srta. C.C.A., hasta tanto haya pronunciado definitivo en la acción de amparo"<sup>177</sup>. Las presiones de los grupos anti-derechos comenzaban a dar frutos en la Justicia.

<sup>176</sup> *Agencia de Noticias DRF*, 16-08-06

<sup>177</sup> *Sentencia de Cámara recalcada en autos n° 2006/6117 "C., S. M y otros c/ Sr. Demandado p/ Acción de Amparo"*

Al mediodía del 20 de agosto unas 40 personas se manifestaron frente a la casa del gobernador de la provincia de Mendoza. Concurrieron abogados y médicos ligados a organizaciones vinculadas a la Iglesia Católica, que reclamaron al mandatario su intervención para que no se concretara el aborto de C.C.A. Al mismo tiempo, las organizaciones anti-derechos ingresaron una denuncia penal contra la madre por haber decidido realizar la práctica. La organización católica Vitam festejó por el freno al aborto en el Lagomaggiore – una decisión que puso en riesgo la vida de C.C.A- y pidió la renuncia del ministro Caletti.

Cuando el 21 de agosto la madre de C.C.A, que no había sido notificada de la resolución de Cámara, llevó a su hija al Lagomaggiore para que le realizaran la intervención, se encontró con la negativa del hospital atento a la existencia de una medida judicial. Disgustada y sorprendida por tan absurda decisión, Ana rompió el silencio e hizo un llamado público para que la dejaran abortar a su hija. Fue clara y segura en sus palabras: “Todos piensan en la vida del bebé, ¿Y la de mi hija qué? Yo elijo la vida de mi hija, mientras los días pasan, veo la salud de mi hija deteriorarse. Se queja de dolores todo el día, esto es una tortura”, contó la mujer. “Nadie sabe el verdadero estado de mi hija; ella depende totalmente de mí ya que no puede razonar continuó”, agregó. Además, se encargó de precisar que ningún médico había dado garantías de que su hija pudiera sobrevivir a un embarazo. “Unos me dicen que no y otros que tal vez”, subrayó. Con respecto a los diferentes grupos que se venían manifestado en contra de la decisión de la familia y la autorización del juez, señaló: “A esa gente le digo que se metan en otra cosa, no en lo que no les importa y si lo hacen que hablen con la verdad”<sup>178</sup>.

El caso llegó a la Corte provincial el 22 de agosto de 2006. Actuando de manera rápida y sin extensos fundamentos, la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza – integrada por los magistrados Aída Kemelmajer de Carlucci y Fernando Romano--convalidó el fallo de primera instancia que había autorizado el aborto, y dejó sin efecto la medida de no innovar interpuesta por la ONG Vitam, que había logrado frenar la intervención. La Corte provincial además le negó a la entidad la legitimación para actuar: “En ambos expedientes (el iniciado por la representante legal de la incapaz embarazada, y el amparo) no están en juego intereses de incidencia colectiva. Por el contrario, lo discutible es el derecho de una persona (la incapaz embarazada) a ejercer (a través de su representante legal) las facultades que se estiman concedidas, individualmente, por el

ordenamiento positivo argentino (Código Penal y Constitución Nacional). Tengo pues, en claro, que ni Vitam Asociación Civil sin fines de lucro, ni S. Cano<sup>179</sup>, ni ninguna otra persona ajena a la intervención médica requerida, está legitimada para recusar al tribunal ni, mucho menos, para plantear la suspensión de la interrupción ordenada por un tribunal competente en el ámbito de sus funciones específicas”, señaló la sentencia del alto tribunal.

Al día siguiente de que la Corte emitiera el fallo tuvieron lugar acciones ilegales y violentas para impedir su cumplimiento. El titular de la ONG "Vida más Humana" de Mendoza, José Murri, amenazó a los médicos que practicaran el aborto con demandarlos civil y penalmente. La Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Argentina rogó a todas las partes intervinientes en el caso "asumir este tema con la seriedad que se merece" y repitió que "el aborto es una cuestión de vida o muerte". Durante toda la jornada llovieron amenazas e insultos telefónicos en centros médicos para amedrentar a los profesionales que eventualmente se decidieran a intervenir. Inclusive, en el Hospital Lagomaggiore se recibió el aviso de que habían puesto una bomba. Personal especializado descartó la existencia del explosivo, al cabo de una minuciosa búsqueda. También se recibieron llamadas telefónicas presuntamente intimidatorias en la casa de C.C.A.<sup>180</sup> Los grupos Vida más Humana y Vitam, a través de sus representantes, se desvincularon de los llamados agraviantes y amenazas. El asesor legal de Vitam, Carlos Ignacio de Casas, señaló que la institución estaba firmemente en contra de la práctica abortiva, pero no había participado en marchas de protestas o actuaciones notariales en centros médicos. Dijo además, que no tenían previsto hacer otra presentación judicial en el caso. "Lo único que haremos es insistir en ayudar a la familia y procurar hacerla desistir de su propósito de interrumpir la gestación", advirtió.

Organizaciones, muchas de ellas feministas, se reunieron frente a la Legislatura y exigieron que le identifique y detenga al violador que había embarazado a C.C.A. La profesora de Filosofía Alejandra Ciriza, integrante de Las Juanas y las Otras, dijo públicamente: "En realidad esto está directamente relacionado con la existencia de grupos fundamentalistas que no respetan absolutamente el derecho de las personas a decidir por sí mismas y pretenden imponer sus condiciones privadas al conjunto de la sociedad".<sup>181</sup>

Ante el conocimiento de estas circunstancias, Ana, la mamá de C.C.A., quien se

<sup>179</sup> Sonia Cano, titular de Asociación Civil Vitam.

<sup>180</sup> *La Nación*, versión digital, Argentina 24-08-06

<sup>181</sup> *Agencia Walsh*, 24\_08-06

encontraba en Buenos Aires para tener una reunión con el ministro de Salud, Ginés González García, expresó su decisión inquebrantable de que se interrumpiera la gestación, al afirmar que si no se le puede hacer el aborto a su hija en Mendoza “nos vendremos a otro lugar o buscaremos otra manera de hacer un aborto como sea”<sup>182</sup>. Entre la noche del 23 al 24 de agosto a la madrugada se realizó el aborto a C.C.A., aunque no se dio a conocer en forma oficial el lugar donde se concretó la intervención debido a las constantes amenazas de los grupos anti-derechos. Según fuentes del Ministerio de Salud provincial fue practicado en un hospital público.

Ese día Jorge Hirshbrand, periodista de la sección Policiales, escribió en el diario *Los Andes*: “El trillado argumento de la “defensa de la vida” esgrimido por los grupos antiabortistas que armaron manifestaciones y amenazaron con denunciar a los médicos que interrumpieran el embarazo de la joven discapacitada, hizo que la investigación para determinar quién violó a la chica estuviera a punto de truncarse. Frente a la imposibilidad de hacer el aborto en el Hospital Lagomaggiore, se complicó la extracción de la muestra de ADN para dar con el autor del abuso. Quienes armaron un operativo cerrojo en torno a ese centro de salud, interrumpieron de algún modo, el accionar de la Justicia. Y esa actitud pudo jugar a favor del violador. Los médicos que finalmente llevaron a cabo el aborto carecieron de las herramientas necesarias para obtener la muestra de ADN de una manera simple. Sólo en el Lagomaggiore podían trabajar con la comodidad y tranquilidad que requería el caso. Pero no pudieron. Tuvieron que dar varios pasos más para poder darle al fiscal la prueba que tanto necesitaba, con el riesgo de quedarse con las manos vacías. Si hubiese sido así, más que bloquear las puertas del Lagomaggiore, hubieran bloqueado la investigación y el caso hubiera quedado impune expresó”.

En el mismo matutino le preguntaron a Ana: “Si pudiera estar frente a los jueces de la Cámara Civil (dos mujeres y un hombre) que frenaron la intervención, ¿qué les diría?”. Ella respondió: “Que no tendrían que dejarse influenciar por gente que anda por la calle y no sabe de lo que habla. Que se atengan a lo que dice la Justicia. Y a la gente de las ONGs, les pediría que desistan de hacer juicio a los médicos que operaron a mi hija, que le salvaron la vida”<sup>183</sup>.

La intromisión ilegítima en la vida privada de la joven y su madre fue constante y tolerada por el Estado. Sin embargo, el hecho de que esta familia contara con mayores recursos materiales y simbólicos para hacer valer sus derechos así como el claro y

<sup>182</sup> UNO, versión digital, Argentina 23/08/06

<sup>183</sup> Los Andes, versión digital, Argentina 26/08/06

oportuno posicionamiento de la Corte provincial logró que la ley se cumpliera.

### **I. Un caso de aborto no punible en Mar del Plata**

El caso de V.O., una niña embarazada producto de una violación ocurrido en Mar del Plata, se tramitó en los tribunales con gran repercusión mediática y con similar presión contra el pedido por parte de grupos conservadores vinculados a la Iglesia Católica. Se inició a comienzos del año 2007 cuando V.O., de 14 años, fue abusada por una ex pareja de su madre. La mujer, identificada por sus iniciales como M.G.U., era enfermera y tenía otras dos hijas, de 12 y 13 años, igual que V.O., de un primer matrimonio. Según consta en la causa, desde que V.O. tenía 5 años, su madre había vivido en pareja con F. A.V., con quien tuvo dos hijas más 5 y 3 años.

A mediados de enero de 2007 la joven empezó a quejarse de dolores y flujo vaginal, por lo que se le realizaron estudios, y tras una ecografía se determinó que estaba embarazada. La madre hizo una denuncia contra su ex pareja F.A.V., por la presunta comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal en perjuicio de su hija V.O. En ese momento, la niña tenía un embarazo de seis semanas, conforme a las constancias médicas.

Surge en esa oportunidad de parte de la madre, la inquietud de que su hija no continúe con el embarazo. La mujer le expresó a la perito psicóloga Beatriz Marcela Malbrán, que “su hija le pide que la ayude a solucionar este problema”. Por lo que manifiesta su búsqueda para que su hija aborte. Ante ese planteo, la profesional interviniente le sugirió que consulte al respecto con la psicóloga que atenderá a su hija en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata, para que tanto ella como todos sus hijos reciban la orientación profesional necesaria. Se indicó también tratamiento psicológico a V.O. para que se evalúen las consecuencias de la situación vivida.

Los informes de la entrevista de V.O. con la psicóloga y con los profesionales del área de salud del Tribunal indican que es lúcida, coherente, y comunicativa. La niña lloró cuando se refirió a la conflictiva familiar, lo que llevó a los especialistas a concluir que su relato era genuino, espontáneo. No detectaron inducción, manipulación ni fabulación, según escribieron en sus informes. También dejaron constancia que V.O. mostraba inteligencia psico-evolutiva normal, y presentaba signos frecuentes en víctimas de abuso sexual, que se diferencian acorde a la edad de cada niño. Su relato impresionó consistente y veraz.

El 29 de enero de 2007, M.G.U. concurrió a la UFI N° 6 interviniente, al Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil y a la Defensoría General Departamental, ante los cuestionamientos de su hija, quien le reprochó "¿Por qué en vez de hacer la denuncia no me lo sacaste?". La mujer agregó con relación a la conducta de su hija, que no quería hablar con nadie porque le daban a entender que iba a tener que seguir con el embarazo. En esa oportunidad M.G.U. dijo que el día anterior la niña le había preguntado si con un golpe el embarazo se desprendería, a lo que ella le respondió que sí. Pero trató de calmarla y se le dijo que estaba buscando otra solución. Después le preguntó si ella saltaba de un médano en la playa el embarazo se iba a interrumpir, y le dijo que no quería tener más "eso" en la panza. La mamá contó que todo el fin de semana la niña estuvo traumada, con desesperación, encerrada en sí misma. Esas circunstancias constan en la causa en la que la magistrada titular del juzgado N° 1 de Menores de la ciudad de Mar del Plata, Silvina Damandrail, autorizó el aborto terapéutico el 14 de febrero<sup>164</sup>. En su fallo sostuvo que la Organización Mundial de la Salud define a la salud como "el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social", y "no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades mentales o físicas". En relación a ello, ya la evaluación psicológica había determinado que la menor presentaba signos frecuentes en víctimas de abuso sexual y no dejaba ninguna duda de que el embarazo había sido producto de una violación. En el mismo sentido se pronunció el Comité de Ética del Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata. El cuerpo estableció que el caso debía ser autorizado por la Justicia, consideró que V.O era una paciente en riesgo psíquico, con una fragilidad estructural agravada por el trauma y que la no respuesta a su deseo y la imposición de un embarazo que rechaza afectarían aún más su estado. Con esos argumentos, la jueza autorizó el aborto terapéutico y ordenó que además se preservara la prueba para la acusación al violador.

El fallo se sustentó legalmente en el artículo 86 del Código Penal que establece que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible y señaló los casos en que no origina responsabilidad penal tanto para la mujer como para los profesionales actuantes: "1º) 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; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente". El fallo de la jueza procede de una

<sup>164</sup> Tribunal de Menores N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Causa Nro. 46.939\*O., M. V. S/ VICTIMA DE ABUSO SEXUAL - MAR DEL PLATA

combinación de ambos puntos, ya que mediante la práctica abortiva se pretende "preservar la salud psíquica de la madre" y en segundo lugar, contempla la circunstancia de que el embarazo provino de una violación, aunque no se trate de una "mujer ciente ni idiota".

La magistrada expresó que en varias charlas que tuvieron ella y la psicóloga con V.O., se le planteó la posibilidad de continuar con el embarazo y dar al bebé en adopción, ante lo cual la niña les dijo que la sola idea de seguir con la gestación le provocaba un daño mayor. Además de rechazar un embarazo no buscado y de repudiar al abusador, la joven también se planteó cómo sería su vida posterior, si tuviera al hijo engendrado en contra de su voluntad con su padrastro violador. Concretamente V.O. se preguntó "cómo les dirá (a sus hermanas menores) que su hijo es hermano de las niñas por parte de su padre y sobrino por parte de ella".

La adolescente estudiaba, pero desde que supo que estaba embarazada dejó de ir a la escuela y permaneció prácticamente recluida en su casa.

A partir de la autorización del aborto no punible, se recibieron amenazas en el Hospital y en el Juzgado de Menores a cargo de Darmandrill, donde además se acumularon las cartas de personas y organizaciones que invocaron "la ley de Dios" para pedir que no se realizara el aborto. Una de esas misivas redactada en tono claramente intimidante, decía: *"Decida como decida, la tendremos en nuestras oraciones . Si no cambia de parecer no la consideraremos nuestra enemiga, de la misma manera que Jesús no consideró enemigos a los que le hacían mal, en la última cena, sabiendo que lo iban a traicionar. A Judas no lo trató como a un enemigo, más bien lo trató como a un amigo, y le dijo que hiciera lo que tenía que hacer. También, ya muriendo en la cruz, no trató a los sumos sacerdotes como sumos enemigos, sino que le pidió a Dios Padre que los perdonara porque no sabían lo que hacían. En este sentido, de sostener su postura, elevaremos nuestras oraciones diciendo también: 'Padre, perdónala porque no sabe lo que hace'.* Después usted deberá convencer a nuestro Dios de que no entendió lo que aquí le quisimos transmitir."

El 16 de febrero la asesora de Incapaces Silvia E. Fernández, por orden del fiscal general de Mar del Plata, Raúl Fernández Garelo, interpuso un recurso de apelación contra la sentencia, en defensa de los derechos del por nacer. Los argumentos centrales de la asesora fueron por un lado, la supuesta inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal por vulnerar el derecho supremo a la vida (del no nacido). Por el otro, Fernández cuestionó "el estado de necesidad" esgrimido por la jueza para autorizar el

aborto no punible. “No se hallan reunidos los elementos que acrediten con grado de certeza o fuerte verosimilitud la existencia de riesgo psicofísico derivado de la continuidad de la gestación”, dijo en su escrito. En la misma línea, si bien Fernández reconoció un “indudable daño psíquico” en la niña tras la violación de su padrastro, consideró que ese perjuicio ya estaba causado y que no se borraba al eliminar “el fruto” del abuso sexual. La asesora postuló que sería menos gravosa y peligrosa, por ejemplo, la entrega en adopción de la criatura ya nacida. Finalmente, dio intervención a la Defensoría General de Menores de Mar del Plata.

El informe de la asistente social del juzgado, Daniela Camerucci, dejó sentado que la niña embarazada había manifestado angustia frente a la posibilidad de continuar con el embarazo y que por lo tanto no quería hablar más de la situación.

Paralelamente, la Fundación Argentina del Mañana, con sede en la ciudad balnearia, dio a conocer una carta dirigida a la jueza y a los integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial que debían resolver la apelación, en la que les advertía “que en la eventualidad de no prosperar los recursos presentados sobre la sentencia de muerte pronunciada por VS, contra NN persona por nacer, también denominado ‘eso’ por la menor, comprenda que un sinnúmero de adherentes a esta asociación, horrorizados, consideremos inexcusable la aparente falta de atención en el sentido de que al menos se arbitren las medidas de protección que garanticen que reciba asistencia religiosa in artículo mortis”. La afirmación está contenida en una extensa carta que suscriben Juan Carlos Voiseau y Jardón y Martín Jorge Viano, presidente y secretario respectivamente de la entidad. La estrategia de la organización, que le niega cualquier derecho a la niña violada, fue presionar públicamente a los integrantes de la Cámara -- Nélida Zampini, Ricardo Monterisi y Roberto Loustaunau-- para que no convalidaran la sentencia de la jueza de Menores. También amenazaron a Darmandrail con “la excomunión *latae sententiae*”, establecida en el Derecho Canónico, en una interpretación que no se condice con el propio texto de la ley interna de la Iglesia Católica, cuyas excepciones comprenden situaciones más amplias incluso que la del Código Penal, ya que --según el Canon 1322 y el 1323- se exime de sanciones a las menores de 17 años, las que no sabían que violaban la ley y quienes actuaron en defensa propia. Además la ley canónica considera una gran cantidad de circunstancias atenuantes antes de imponer un castigo<sup>185</sup>.

<sup>185</sup> “El Código de Derecho Canónico y el Aborto”. Publicación de la Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir. Año 2010

Según exponer en la carta, no correspondería a un Tribunal sino a la ciencia determinar la solución en este caso. "Y a la luz de los logros más recientes de la embriología es reconocido universalmente el momento que marca el inicio de la existencia de un nuevo 'ser humano': está constituido por la penetración del espermatozoide en el ovocito". La carta continúa con fuertes críticas a la magistrada: "¿Cómo una Jueza de Menores —o de la instancia que sea— va a condenar a muerte a quien, sin culpa alguna, se le atribuye la posibilidad de ser perjudicial para la salud de otro? ¿No estamos en condiciones de ofrecerle una respuesta que no sea la de la muerte? La arcaica (e inicu) impunidad determinada 75 años atrás en el Art. 86 del Código Penal caducó a fines del siglo pasado con la incuestionable determinación del comienzo de nuestra vida humana, la concepción".

La organización Católicas por el Derecho a Decidir, en tanto, emitió una declaración de apoyo a la jueza que autorizó el aborto no punible..

Al calor de las presiones, amenazas y cuestionamientos de los grupos conservadores católicos, los jueces Ricardo Favarotto y Marcelo Riquert, integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, se declararon incompetentes en la causa por entender que el delito (del aborto) no estaba consumado y derivaron las actuaciones a sus pares del fuero civil. Ante las provocaciones y denuncias de sectores del fundamentalismo católico, la jueza Darmandrail realizó una defensa pública de su rol como magistrada rescatando también su identidad católica. Entrevistada por el diario *La Nación*, relató cómo llegó a tomar la decisión de autorizar la interrupción del embarazo, y destacó que lo hizo con una estampita de la Virgen de Lourdes como única compañía sobre su escritorio, la misma imagen que poco antes había ido a venerar a la gruta cercana al puerto local, donde incluso pidió confesarse con uno de los sacerdotes para plantear el dilema que debía resolver pocas horas después. Finalizó diciendo que regresó con la tranquilidad de actuar a conciencia y ya en su despacho resolvió el caso que la desvelaba.

Las declaraciones de Darmandrail fueron posteriormente atacadas por medio de una solicitada en el mismo diario *La Nación* firmada por el presidente de la Corporación de Abogados Católicos, en la que además se criticó el fallo por considerarlo contrario a lo preceptuado por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. "¿Cómo es posible que diga que actuó influida por una homilía en la que el celebrante recomendó 'luchar más por la vida a quienes tienen responsabilidad sobre la salud de otros? ¿No sabe, acaso, que con su sentencia autoriza la muerte violenta de un niño indefenso? No hay,

pues, ningún derecho a matar, aunque la víctima aun no haya nacido, como lo pretende la doctrina del fallo que criticamos. Rige, en cambio, para los magistrados de todas las instancias, la obligación legal y constitucional de preservar la vida inocente", sostuvo la solicitada. El presidente de la Corporación de Abogados Católicos concluía diciendo que confiaba en que la Cámara del distrito corregiría "tamaño error judicial"<sup>186</sup>.

Finalmente, el 21 de febrero, por unanimidad, la Sala II de la Cámara Civil de Mar del Plata confirmó la decisión de primera instancia<sup>187</sup>. Respecto del argumento de la apelante sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal, el cual cuestiona por considerar que vulnera el derecho supremo a la vida (del no nacido), los jueces retomaron lo ya resuelto en otros casos por la Corte Suprema de la Nación y por el máximo tribunal bonaerense y citaron como fundamento un dictamen de la Procuradora General de la provincia, María del Carmen Falbo: *"El artículo 86 resuelve un conflicto de intereses entre la madre y el nasciturus –o 'niño por nacer'–. Es decir, por un lado la vida del feto, y por 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"*.

La asesora había postulado que sería menos gravosa y peligrosa, por ejemplo, la entrega en adopción de la criatura ya nacida. A ese argumento, los jueces contestaron con una cita del penalista y actual juez de la Corte Raúl Zaffaroni, quien en su tratado de Derecho Penal sostiene que "la salud puede ser tanto física como psíquica" y por ese motivo "es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada". Los magistrados recordaron el informe de la perito psicóloga Beatriz Malbrán, quien advirtió que en el caso de V.O "su hijo sería la consecuencia viviente" del trauma padecido y que "el hijo sería el recuerdo permanente de la ofensa infringida" por el padrastro.

Uno de los jueces de la Cámara, Nélide Zarpini, aclaró que los médicos deben asumir que la suya es una actividad de riesgo: "Si el facultativo duda, podrá acudir al Comité de Ética del nosocomio". Y advirtió que éste es un caso que "nunca debió llegar a la Justicia", porque el artículo 86 del Código Civil "no exige autorización judicial alguna".

La reacción de la jerarquía católica no se hizo esperar. Monseñor Juan Albertc

<sup>186</sup> La Nación, versión digital, Argentina, 24/02/07

<sup>187</sup> Cámara de Apelación en lo Crim y Correcc, Sala Segunda, Sentencia N° 16 (S) F° 70/112, Expediente N° 138.377, 21/02/07.

Puiggarí, obispo de Mar del Plata, se pronunció sobre el caso: 'La vida humana comienza desde la concepción, y una vez que una concepción se ha producido, por más dramático que sea el contexto en el que ha tenido lugar, aparece en escena un ser humano débil, indefenso y silencioso que nada puede por sí mismo. Es bueno recordar que la administración de la justicia sólo es justa cuando se ejerce al margen de toda compulsión política, mediática, social y cuando se ejerce en conformidad con la verdad y el bien moral. Por trágicas que sean las circunstancias debemos recordar que ningún mal será jamás solucionado adecuadamente echando mano a un mal mayor'<sup>188</sup>, dijo el obispo.

En el Hospital Interzonal Materno-Infantil, el coordinador de la Región Sanitaria 8<sup>a</sup>, Mario Basteiro, dio a conocer, al día siguiente de conocida la sentencia, que se habían recibido "taxas con intimidaciones en las últimas 24 horas" en contra de la eventual práctica de interrupción del embarazo a V.O. Tanto el "fallo de primera instancia como el de Cámara ordenaron que la intervención se practicara en ese hospital.

El 23 de febrero militantes anti-derechos desfilaron por las calles de Mar del Plata con cochecitos vacíos en contra del aborto legal a V. O. En la justicia tenían un aliado en el fiscal general del distrito, Raúl Fernández Garelo, quien apeló el fallo de la Cámara junto a la asesora de Incapaces Fernández en representación del "niño por nacer". El fiscal general se había mantenido en las sombras de este complejo proceso hasta que la decisión de los camaristas avaló la intervención que pedían tanto la niña como su madre. Fernández Garelo pasó a la acción directa y se dedicó a argumentar ante la Suprema Corte Bonaerense en contra del aborto<sup>189</sup>. Por otro lado, usando su poder como jefe de todos los fiscales penales de Mar del Plata, le ordenó a Carlos Pelliza, quien investigaba el abuso sexual contra V. O. –en el que el acusado era su padrastro– que interrogara en esa causa a la perito psicóloga Beatriz Malbrán, la profesional que había realizado la pericia en la que se concluyó que el daño psicológico que podría sufrir la niña embarazada sería irreversible si continuaba con la gestación. El Fiscal General aseguró que existían irregularidades en el informe psicológico y que, por lo tanto, no estaría probado el daño psíquico de la menor. Según fuentes judiciales, la psicóloga tuvo que sentarse como testigo a responder un interrogatorio en el que se la acusó de haber incurrido en contradicciones a la hora de brindar información: *"Por ejemplo, ella en la Cámara Civil dijo que quizá no había sido la primera vez que la niña había sido abusada. Luego en el informe, como a la nena le cuesta tanto hablar del abuso en sí mismo, no dice*

<sup>188</sup> *PuntoNoticias*, 21-02-07.

<sup>189</sup> *Página 12*, versión digital, Argentina 24/02/07.

que el abuso fue reiterado". Fernández Garelo cuestionó además, en su apelación ante la Corte, que en un párrafo escrito con letra negrita no se entiende si es dicho por la menor o es su propia interpretación de la psicóloga. Por último, el Fiscal también le cuestionó que no hubiera citado bibliografía para avalar su dictamen.

También el Servicio a la Vida del Movimiento Fundar cuestionó públicamente el fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en particular una de las críticas centrales se dirigió al magistrado Roberto Loustaunau, porque éste consideró en su voto que *"la protección del derecho a la vida, como todo otro derecho reconocido constitucionalmente, no es absoluto"*. Fundar advirtió que *"nos encontramos con una doctrina judicial que afirma que la vida es un bien, pero del que se puede disponer ante el conflicto con otros derechos"*. En su comunicado criticó nuevamente el proceder de la Jueza de Primera Instancia.

Al mismo tiempo, desde el Ministerio de Salud bonaerense confirmaron que directivos del Hospital Interzonal, donde debería practicarse la interrupción del embarazo, habían sufrido nuevas amenazas. *"Se hace recurrente en estos casos que se produzca la intimidación y la presión sobre el cuerpo médico"*, señaló el titular de la cartera provincial, Claudio Mate, en declaraciones a Radio Provincia. Admitió, además, que si no hay definiciones judiciales sería difícil que los médicos llevaran a la práctica este aborto, por los riesgos penales que correrían.

El 26 de febrero la Procuradora bonaerense, María del Carmen Falbo, se expidió a favor de autorizar el aborto terapéutico. El 1° de marzo por la noche V.O. recibió en el celular de su mamá una llamada desde el teléfono de su padrastro acusado de haberla violado. Si bien no contestó, pudo identificar el número de su teléfono lo que le desató una crisis nerviosa. Al día siguiente amaneció angustiada y con hemorragias por lo que fue trasladada al hospital, donde los médicos comprobaron que había perdido el embarazo de manera espontánea<sup>190</sup>. Luego de la intervención que se le practicó para extraerle los restos del aborto espontáneo, su madre expresó a los medios de prensa: *"Lo que le pasó a mi hija no le puede volver a pasar a ninguna nena ni a ninguna mujer más en la Argentina. Los médicos tienen que tener un protocolo de procedimiento y se debe capacitar al personal de salud y al de la Justicia para que cada cual sepa cómo actuar ante un caso de violación"*<sup>191</sup>.

La Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires decidió, por el voto de la

<sup>190</sup> *Diario Uno*, net: *"Un aborto espontáneo frenó el debate judicial"*

<sup>191</sup> *La Capital de Mar del Plata*, 04 03 07.

mayoría, declarar abstracta la cuestión y no expedirse sobre el caso, perdiéndose así una oportunidad para sentar jurisprudencia provincial que admitiera la interpretación amplia del artículo 86 inciso 2°, o bien encuadrándolo tanto en aborto terapéutico como por violación.

### I. Otros casos de jóvenes discapacitadas violadas

En Rosario, provincia de Santa Fe, en junio de 2007, se le negó el acceso a la interrupción de la gestación a una niña de 14 años, con retraso mental, que quedó embarazada producto de una violación. El caso encuadraba perfectamente en las autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal. Sin embargo, cuatro centros de salud rechazaron el pedido formulado por la madre.

Una funcionaria de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe informó que la madre había concurrido en busca de ayuda a esa institución pública y que había manifestado que "la nena se sentía mal, tenía vómitos y mareos, pero no podía comprender lo que le pasaba, ya que su mentalidad es de una niña de cinco años. Además, con motivo del embarazo le habían quitado la medicación para su cuadro neurológico". Desde el organismo enviaron una nota al centro de salud de Puerto General San Martín en la que se indicaba que no hacía falta una autorización judicial para la práctica. Desde allí la derivaron al Hospital Eva Perón de Granadero Baigorria, donde pese a las indicaciones de la Defensoría, el director Daniel Carabajal presentó un pedido de autorización al juez de San Lorenzo, Eduardo Filocco. El magistrado respondió con celeridad y aclaró que el caso no era judicializable, ya que no hacía falta autorizar lo que la ley no prohíbe. No conformes con la respuesta del juez, en el hospital convocaron a una reunión del Comité de Bioética y citaron a la madre. La señora siempre estuvo acompañada por los funcionarios de la Defensoría, quienes dieron cuenta de lo sucedido durante la reunión: *"mientras hablaban de la posibilidad de interrumpir ese embarazo, la niña estaba a un costado, reía y dibujaba, ajena al contenido de la conversación, porque no tenía conciencia de lo ocurrido, volvimos a explicar que no tenían que pedir ninguna autorización judicial. Ellos insistían en la defensa de la vida, pero nosotras explicábamos que estábamos hablando de la vida de la nena que estaba frente a nosotros".* De esa reunión participaron el jefe de Obstetricia del Hospital, Miguel Angel Paciozzo, el director de Salud Mental de la provincia, Gustavo Castaño, y el director del programa Materno Infantil. *"Discutimos bastante, le explicamos que defendíamos los derechos de la nena, y que la Defensoría del Pueblo intervenía porque se trataba de algo legal. Ellos quisieron*

*quedarse a solas con la mamá, que luego se fue conforme porque le habían dicho que la decisión sería de ella. Pero a los pocos días, el director del Hospital le informó que se había decidido no hacer el aborto*", continuó el relato Viviana Della Siega, del área Mujer de la Defensoría. La penúltima estación del peregrinaje fue el Hospital Provincial de Rosario, adonde la mujer concurreó sola. Allí le hablaron de entregar el bebé en adopción, pero no le informaron sobre los efectos que la continuidad del embarazo tendría para la salud de la niña discapacitada. La Defensoría del Pueblo acudió al Hospital Municipal, donde en un día se resolvió la situación. *"Hicieron la consulta, los estudios pertinentes, y ese mismo día se practicó el aborto terapéutico. A la dignidad de realizarlo en un hospital público, se suma que la intervención permitió conservar las pruebas para el juicio por violación,"* afirmó Della Siega, y contó que a la niña además le hicieron una ligadura tubaria para evitar que vuelva a pasar por esta situación<sup>152</sup>.

El mismo año que L.M.R. y su familia tuvieron que sortear múltiples obstáculos para acceder a un aborto no punible en la provincia de Buenos Aires, se registró otro caso similar en Corrientes. El 14 de noviembre de 2006, la madre de una joven de 15 años pero con una edad madurativa de 7, embarazada al ser violada por un vecino, se presentó ante las autoridades del Hospital Vidal, de esa provincia, y solicitó la interrupción de la gestación. La familia vivía en situación de indigencia<sup>153</sup>. De acuerdo al testimonio de la madre, los médicos del hospital le respondieron que su hija no tenía que abortar, que debía tener el hijo y darlo en adopción. La mujer expresó "que tenía miedo porque conoce a esa gente", refiriéndose al violador, y dijo que le podía quemar su casa. El violador era un chico conocido de la zona de alrededor de 15 años. "La nena nunca supo que fue violada, nunca tomó conciencia de eso. Quien la violó sabía de esto porque la conocía y sabía también del retraso mental que padece. Ella solo salía para ver dibujitos en casa de vecinos. Así este chico la llevó, y ella me contó después que le tapó la boca", expuso la mujer.

Al día siguiente de ir al hospital, la madre se presentó ante el defensor de Pobres, Enzo Di Tella, y argumentó que no sólo por la discapacidad mental de la joven solicitaba la interrupción, sino también por los riesgos que representaba para la vida de su hija la continuidad del embarazo, y para la criatura que estaba gestando la ingesta de medicamentos destinados a controlar la enfermedad que padecía. Desde la Defensoría se inició un procedimiento de oficio para presentar ante el Hospital Vidal en el que se exigió

<sup>152</sup> Rosario 12, versión digital, Argentina 18/06/07

<sup>153</sup> Clarín, 13/11/06.

el tratamiento solicitado, ya que se encontraba cubierto por la ley.

Frente al caso, el ministro de Salud de la Nación, Ginés González García, pidió que se cumpliera la ley. "La ley protege claramente estos casos y es de las pocas excepciones en que permite (el aborto)", manifestó. Dos días después la niña sufrió una crisis nerviosa, causada por la situación que estaba viviendo. Comenzó con pérdidas, por lo que la internaron en el Hospital Llano y ahí tuvo un aborto espontáneo. El Hospital Vidal, dirigido por Silvia Lapertosa, fue la misma institución pública que rechazó que se realizaran ligaduras de trompas a varias mujeres, pese a ser totalmente legal, bajo el argumento de que la ley de anticoncepción quirúrgica es nacional, y la provincia no había adherido a la norma. Pero la ley no requiere adhesión<sup>144</sup>.

## VI. Algunos avances

Fruto de incansables movilizaciones del movimiento a favor del derecho al aborto se han registrado importantes avances en la jurisprudencia de algunos tribunales provinciales. Por ejemplo, fallos recientes del Superior Tribunal de Justicia de Chubut (2010) y del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (2009 y 2011) que asumieron la responsabilidad como máximas instancias judiciales en esas provincias de cumplir con el mandato impuesto por los tratados de DD.HH. de respetar, proteger y garantizar a las mujeres sus derechos reproductivos. En contraposición, se debe destacar que en la provincia de Mendoza se verificaron la mayor cantidad de casos de pedido de un aborto no punible en los que se vulneraron los derechos humanos de niñas que sufrieron violencia sexual e incesto. Todas, —conforme los casos relevados— pertenecientes a sectores de escasos recursos económicos y que por ello no tenían más opciones que acudir al sistema público de salud. Las arbitrariedades cometidas por no haber asistido correctamente a niñas de entre 11 y 14 años que cursaban un embarazo resultante de una violación y que solicitaron con el acompañamiento de sus madres la interrupción del embarazo, provinieron tanto de los servicios de salud pública provincial como de los

<sup>144</sup> Página 12, versión digital, Argentina 17/11/06.

<sup>145</sup> En el caso de I. V. —una niña de 13 años violada por su padre biológico—, la Dirección del Hospital Lagonaggiore le negó el derecho al aborto solicitado por su madre, y el juez votó en igual sentido. En el caso de I. P. —una niña de 12 años violada por su padrastro— su madre solicitó la interrupción del embarazo con el consentimiento de la niña quien fue internada por orden del Grupo de Alto Riesgo del Hospital Pediátrico Noth. Sin embargo, bajo asedio y presión de personas extrañas en los grupos lograron el desistimiento por parte de la niña. En este caso las abogadas que patrocinaron a la solicitante denunciaron intimidaciones y persecuciones por parte de autoridades provinciales de los poderes Ejecutivo y Judicial. En esta misma provincia se realizan también persecuciones a mujeres que supuestamente habrían abortado.

operadores de la justicia.<sup>196,197</sup>

En el año 2010 tuvo lugar otro caso en la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia de Chubut, donde el Juzgado de Familia N° 3 rechazó la solicitud de autorización de un aborto no punible, realizada por la madre de una niña de 15 años –identificada como A.G.– que había quedado embarazada producto de la violación de su padrastro. El argumento del fallo fue que la continuación de la gestación no afectaba la salud de la adolescente. Según figuraba en el expediente judicial existían antecedentes de abuso a la niña por parte de su padrastro desde los 11 años. Esa sentencia, que contrarió la voluntad de la niña y de su madre quienes solicitaron la interrupción del embarazo, fue ratificado –con un voto en disidencia– por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. El voto de la mayoría coincidió en que al encontrarse enfrentados el derecho a la vida de la adolescente embarazada y del *nasciturus* debía privilegiarse la de éste en tanto “la vida comienza desde la concepción”.

Las pericias psicológicas realizadas en más de una ocasión indicaron la voluntad de A.G. de interrumpir el embarazo y destacaron que la continuidad del mismo contra su deseo implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida. El caso llegó a la máxima instancia judicial provincial. Organizaciones de mujeres –entre ellas las peticionarias del caso L.M.R. y de DD.HH. se presentaron como *Amicus Curiae* en defensa de los derechos de la adolescente.

Finalmente el 8 de marzo, el Tribunal Superior de Justicia de Chubut, integrado por los magistrados Fernando S. L. Royer, Daniel L. Caneo y José Luis Pasutti, dictó una sentencia favorable al pedido, al entender que el caso encuadraba dentro del supuesto de “aborto no punible” previsto por el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal<sup>198</sup>. En los fundamentos del fallo se sostiene: “si se deben interpretar restrictivamente los tipos penales para restringir la criminalización, inversamente, las causas de exculpación o supresión de la pena deben interpretarse ampliamente”.

196 “El adolescente última a la madrugada, una niña de 11 años, fue internada en el hospital Trovati Schestakow de San Rafael tras una violación. A raíz de los reiterados abusos sufridos, la pequeña quedó embarazada. Entonces su madre realizó la denuncia en una comisaría de la zona e inmediatamente pidió a la Justicia que autorice el aborto de su hijo. El juez Pablo Peñazzo se declaró incompetente, el hecho se habría producido en la provincia de La Pampa, donde residen la niña y su madre. Aunque los chequeos médicos se realizaron en la provincia cuyana, tanto la causa por violación como el pedido de aborto no punible seguían su curso en La Pampa” (cf. Diario Página 12, “Un derecho con jurisdicción”, 07/02/09, disponible en [www.pagina12.com.ar/](http://www.pagina12.com.ar/)).

197 Así, en estos casos se detectaron irregularidades administrativas y procesales como la privación de la libertad ambulatoria mediante la internación con la finalidad de controlar que no se realizara el aborto, la solicitud innecesaria de orden judicial, el libre acceso de personas extrañas –pertenecientes a grupos fundamentalistas religiosos– al lugar de internación para presionar a los niños, el impedimento sin que hubiera justa causa del contacto de la madre solicitante con la niña con privación de la guarda y atonía a la abuela que se manifestó en contra de la interrupción del embarazo, el desconocimiento del derecho por los jueces de las instancias inferiores, la persecución a las abogadas que asistieron los pedidos, la negativa de la práctica con la excusa de que el delito se habría cometido en otra jurisdicción.

198 “E, A. L. s/ MEDIDA AUTOSUFICIENTE”, (Expte. N° 21.912-P-2010)

Además, la sentencia afirma que *"la interpretación restrictiva del inciso en análisis implica atribuir a las mujeres actos heroicos que el derecho no pueda imponer. En el caso, imponerle a una niña de quince años, que denuncia haber sido violada por quien ella consideraba su padre, papá de cuatro de sus hermanos, llevar adelante un embarazo no querido, existiendo varios informes en el curso del proceso que afirman que la situación ha puesto en riesgo no sólo su salud psíquica sino también la física"*. Uno de los jueces, en su voto, señaló: *"Entiendo que puede considerarse contrario a la dignidad de A.G. menor de 15 años, obligarla a llevar adelante un embarazo producto de una denunciada violación, en contra de su expresa voluntad, lo que implicaría considerar a la niña gestante un mero instrumento"*. Y más adelante, indicó: *"Nos enfrentamos a casos jurídicos de magna trascendencia ya religiosos, ya morales y me interrogo sobre la posibilidad de aplicar la 'cláusula de conciencia' ante el principio de legalidad: pero no, no es posible. Opto por respetar la ley vigente porque ella representa, aunque más no sea, simbólicamente la voluntad de la mayoría del pueblo expresada a través de sus representantes políticos. Los jueces aplicamos la ley, son los legisladores los llamados a recoger la estimativa social imperante en cada época y lugar determinado, a fin de plasmarla en leyes que rijan la convivencia social y a recordar que, para reconocer el daño ya producido en la integridad psicofísica y el peligro permanente de su agravamiento, hay que asumir que la experiencia traumática sólo puede ser vivida por una mujer"*.

En relación a los profesionales de la salud, el fallo advierte que: *"Deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias. El cumplimiento de las normas jurídicas es un deber del profesional, y su incumplimiento es susceptible de sanción legal cuando se nieguen en forma no justificable a la constatación de alguna de las causales previstas en el art. 86 del C.P. y/o la consecuente prestación del servicio. Los casos de 'Abortos no Punibles', son uno de los tantos componentes que integran el servicio de salud, por lo que se deben respetar los estándares de calidad, confidencialidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada. Es por ello, que resulta de vital importancia, que los profesionales de la medicina, a pesar de la vigencia de la norma, cuenten con instrumentos, tales como protocolos, reglas o guías que se ocupen de la atención integral de los abortos no punibles; recordando que esta fue una de las observaciones que hicieron los Comités de Derechos Humanos. Estos instrumentos tienen el fin de reducir y con el tiempo evitar las barreras u obstáculos que se les presentan a las mujeres cuando acuden al servicio de*

Salud Pública; y los numerosos abortos no punibles que se dan, innecesariamente, en la clandestinidad."

Asimismo el fallo hizo mención expresa del caso L.M.R: "Esta es --por lo demás-- la solución que mejor conculga con el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), cuyos dispositivos no pueden ser soslayados en su aplicación, a la luz de lo dispuesto por el artículo 22 de la Carta Magna Provincial que establece que 'las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina'. Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omita tomar medidas y recaudos tendientes a su preservación (...). Su incumplimiento además, genera la responsabilidad del Estado Nacional, como la que actualmente se le imputa ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por denuncias formuladas por la CLADEM y distintas organizaciones civiles (...). No puedo dejar de mencionar, que en el caso de L.M.R. causa 7326, nuestro país, admitió su responsabilidad en cuanto a que se le habría impedido a la víctima acceder a la atención médica necesaria para realizar una práctica médica que no está prohibida por la legislación y reconoció que 'el embarazo forzado al que se vio sometida L.M.R., por la negativa a interrumpir la gestación y el empujarla al circuito clandestino de aborto, no sólo atentó contra la integridad física y mental de ella, sino que constituye tratos crueles, inhumanos y degradantes a la luz del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

En este caso, también el defensor del por nacer interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se encuentra pendiente de resolución.

Un año antes del fallo de Comodoro Rivadavia, llegó al Superior Tribunal de Justicia de Río Negro otro caso similar de pedido para la realización de un aborto a una niña violada de 12 años de edad, merced a un recurso de apelación interpuesto por la defensora de Menores e Incapaces, Teresa B. Molero, contra una sentencia de la Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Viedma, que había hecho lugar --por mayoría-- a la acción de amparo interpuesta por los padres de la niña F.N.M. La sentencia que autorizó la interrupción del embarazo dispuso que la práctica se realizara en el Hospital Zatti, de Viedma, bajo responsabilidad de su director y

con la asistencia del Cuerpo Médico Forense, atento a que se trataba de un embarazo no voluntario y proveniente de un delito de abuso sexual previsto en el Código Penal. La Cámara encuadró el caso en ambos incisos del artículo 86.

El Superior Tribunal declaró abstracto el caso en virtud de que se le informó que el aborto se había realizado de conformidad con la resolución que había autorizado la práctica médica. No obstante, los miembros de la Corte Provincial analizaron el fondo de la cuestión y avalaron, en los considerandos del fallo<sup>199</sup> los fundamentos esgrimidos por la Cámara del Crimen al otorgar el permiso. En su voto, el juez Víctor Hugo Sodero Nievas sostuvo: "La Sra. Procuradora General de la Provincia de Río Negro, Dra. Lilliana Laura Piccinini, a fs. 96/105 dictamina que la práctica médica ya ha sido realizada; de allí que -- ante el caso apelado-- cabría declarar abstracta la cuestión sometida a estudio y decisión, puesto que clara e inveteradamente ha sostenido este STJ que sólo puede someterse a su consideración un caso concreto y no una cuestión que ha devenido abstracta, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de su decisión. Sin embargo, señaló que la delicada situación en tratamiento, aún cuando el resultado no pueda ser revertido mediante un decisión posterior, merecía --a su entender-- el pronunciamiento del Tribunal. Enfatizó que *"el profesional médico no necesita, ni está prevista, la autorización judicial para realizar la práctica médica, como también es cierto que la negativa infundada o arbitraria, habilita a solicitar la orden judicial para que se proceda a ello (...). No existe en el recurso interpuesto en autos ningún agravio que además merezca un pronunciamiento o que ponga a consideración del Tribunal la duda sobre el encuadramiento en el plano fáctico y jurídico (tal como lo señala la Sra. Procuradora General) ya que si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada, no es punible.-Ergo, la conducta de los médicos intervinientes, de la víctima y de sus padres no pueden merecer reproche penal alguno. En síntesis, el caso, por su notoria claridad no da lugar a esta altura del pronunciamiento a ninguna otra consideración posible ya que el Superior Tribunal de Justicia no puede erigirse en un órgano o "Tribunal de consulta" y decide las controversias que se le plantean puntualmente, siendo la norma del art. 86 inc. 2º del Código Penal (subtipo violación) operativa, sin necesidad de que ningún Juez lo declare"*.

El voto del juez Alberto I. Ballardini expresó: "Conforme a nuestra ley, la hipótesis

<sup>199</sup> "M. G. I. s/ ACCIÓN DE AMPAROS/ APELACIÓN" (Expte. N° 13772/09-STJ) 09/06/09

gerérica está contenida en el inc. 1° del segundo párrafo del art. 86 del Código Penal, 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" (Zaffaroni, Eugenio R., SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro "Derecho Penal. Parte general", p. 641. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003).

En 2010 ocurrió otro caso en Río Negro, que cobró estado público pese a la claridad de los considerandos del fallo dado un año antes por el máximo tribunal de esa provincia. T.N. una adolescente de 17 años de la localidad de El Bolsón quedó embarazada producto de las reiteradas violaciones, según denunció, perpetradas por parte de su padre y un tío. A través de una ecografía realizada en el Hospital de El Bolsón se constató que al 17 de marzo de 2010 la joven se encontraba en la semana 9,4 de gestación. La adolescente denunció, junto con su madre, la violación en sede penal y solicitó en el hospital la realización de un aborto legal, pero le negaron la práctica. Las tres médicas ginecólogas del hospital se declararon objetoras de conciencia y desde la dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la provincia solicitaron autorización para realizar la práctica médica al juez penal Martín Lozada, a cargo de la investigación del hecho. Intervino en el caso una representante legal del nasciturus, quien solicitó medidas dilatorias como la intervención de un Comité de Bioética. El juez Lozada dejó clara su posición respecto de la no necesidad de contar con autorización judicial<sup>100</sup> y consideró que el pedido encuadraba en el supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2° del Código Penal.

La decisión judicial fue apelada por la defensora del feto y la Cámara en lo Criminal hizo lugar al recurso sosteniendo que el magistrado que había autorizado la interrupción del embarazo de T.N. había incurrido "en una violación sistemática de los derechos de la persona en gestación", aún cuando el caso había devenido abstracto, ya que el aborto se había llevado a cabo mientras transcurría el plazo de las apelaciones.

Así, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche decidió declarar

<sup>100</sup> Fallo dictado el 5 de abril de 2010 en el "Incidente de sobeidad de interrupción de embarazo formado por T.N.", el cual corre por cuenta de los autos caratulados "N. R. E. s/abuso sexual", Expte. Nro. 3.340.100, del registro de la Secretaría N° III del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II de Bariloche.

la nulidad de la resolución impugnada<sup>201</sup> por violación de garantías constitucionales y sosteniendo una tesis restrictiva sobre el artículo 86 inc. 2º mediante fundamentos discriminatorios hacia las mujeres que, no siendo discapacitadas, se encuentran para ese tribunal bajo sospecha de haber inventado la violación: *"Ninguna duda cabe que luego de la reforma en el Código Penal en el artículo que nos ocupa, ha quedado completamente zanjada la discusión sobre el tema del aborto en el caso de violación de mujer que no sea demente o idiota.- Y ello es así por una razón muy simple, justamente la ley nunca puede haberse referido a violación de mujer normal por cuanto en los comienzos de las actuaciones, y por ende al tomarse la decisión de interrumpir el embarazo, no está probada ni autoría, ni materialidad, ni responsabilidad, respecto de si realmente existió o no la violación, por lo que mal podemos decidir apresuradamente que estamos frente a tal delito"* (voto de Cámara Dr. Pavone).

El caso llegó al Superior Tribunal provincial a partir de la interposición de un recurso de casación por parte del defensor de la joven que había solicitado el aborto. El Alto Tribunal resolvió la cuestión de fondo --aunque el caso había devenido en abstracto--, a los fines de unificar la jurisprudencia de los Tribunales de Río Negro en relación al aborto no punible. Un año después de iniciado el caso, el STJ revocó la decisión de la Cámara Penal y recuperó la doctrina sentada en el fallo de 2009 en relación al aborto no punible<sup>202</sup>. *"La interpretación amplia es más adecuada a las recomendaciones de los diversos comités de derechos humanos en cuanto a la modificación de la legislación nacional o a considerar incluida en su texto la autorización del aborto en todos los casos de violación; de lo contrario, en el art. 86 inc. 2º del Código Penal sólo quedaría consagrado el aborto eugenésico, que es lo opuesto a dichas recomendaciones (ver CSJN, C. 1757.XL, "CASAL", en cuanto al art. 456 C.P.P.N., en relación con el cumplimiento de los arts. 8.2.n CADH y 14.5 PIDCyP). En este orden de ideas, me limito a destacar el Cuarto Informe Periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos, del 22/03/10, publicado en La Ley Online AR/JUR/35651/2010, cuyo considerando 13 "... expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenido en el artículo 86 del Código Penal, así como su inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo (Artículos 3 y 6 del Pacto).*

<sup>201</sup> "N. R. F. S/ Abuso Sexual/ S/ Incidente/ Solicitud Interrupción Embarazo S/ APEL./ CIUDADANO", causa fin. A1-2010-3736.- Sentencia, San Carlos de Bariloche, 14 de abril de 2010.

<sup>202</sup> Sentencia 43, Fecha 11/05/2011, autos: N., R.F. S/ Abuso sexual S/ Incidente de solicitud de interrupción de embarazo/ Apelariones S/ CASACIÓN, EXPTE. Nº. 24619/10 STJ, Vidua, Río Negro.

El Estado parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (del voto del Dr. Soderó Nievas).

*“Acerca de la cuestión de derecho sustancial o de fondo, es suficiente la remisión a mi voto en el fallo 48/09 STJRNSO en cuanto a que, según el art. 86 inc. 2º del Código Penal, si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible, sin que sea necesario establecer si aquella es idiota o demente”* (del voto del Dr. Balladini).

Finalmente al hacer lugar al recurso de casación, anulando la resolución dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, el TSJ despejó toda duda acerca de cómo debe actuar el sistema de salud pública en los casos de aborto no punible y notificó al respecto a la ministra de Salud de Río Negro y a la directora del Hospital Zonal de San Carlos de Bariloche.

La tramitación del caso dio lugar a numerosas acciones de grupos conservadores contra el juez Martín Lozada que autorizó en primera instancia la interrupción del embarazo, entre ellas del Colegio de Abogados de Bariloche, que conducía el militante ultra católico Diego Breide,<sup>203</sup> , quien presentó un pedido de juicio político en su contra, que luego no prosperó. Mientras tanto Lozada recibió un fuerte apoyo de la sociedad: más de 1.250 personas le manifestaron su respaldo a través de la red social Facebook<sup>204</sup>.

El aborto se realizó el Hospital de Bariloche y la jovencita, oriunda de la zona rural de Mallín Ahogado, en El Bolsón, fue dada de alta al día siguiente de la intervención. El juez Lozada ordenó tomar muestras de ADN para cotejar luego con los presuntos culpables de la violación.

En defensa de lo actuado por el magistrado, organizaciones sociales, de mujeres, de DD.HH. y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, se expresaron públicamente y apoyaron además su postulación a integrar el STJ de la provincia, que finalmente no se concretó. La sentencia del máximo tribunal provincial reivindicó todo lo actuado por Lozada, fortaleciendo su permanencia en la Justicia.

<sup>203</sup> El Emilio, *Publicación de Debate Político y educativo*, 04/08/10

<sup>204</sup> *rionegro.com.ar, versión digital, Argentina, 19/04/2010*

## VII. A modo de cierre

El monitoreo y registro de los casos ocurridos en diferentes jurisdicciones nos permitió mostrar ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU – en el caso L.M.R.– la existencia de un patrón de violaciones cometidas de manera impune, evidenciando la ausencia de leyes y políticas públicas indispensables para dar cumplimiento al deber de respetar, garantizar y proteger los derechos reproductivos de las mujeres en todo el país, compromiso asumido por el Estado argentino al ratificar los tratados y convenciones de derechos humanos y sus protocolos facultativos.

El seguimiento posterior a la presentación ante el CDH nos permite dar cuenta de que ese patrón se mantuvo aún después de haberse logrado dictamen favorable al caso.

Cada una de las niñas, adolescentes y mujeres adultas cuyo derecho les fue negado, retardado, judicializado, menospreciado o desatendido sufrió al igual que L.M.R. un sinnúmero de maltratos y violencias institucionales, y también por parte de agentes no estatales, asimilables a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Todas pusieron en riesgo su salud integral y su vida, todas fueron discriminadas al negárseles el acceso a una intervención médica que solo requieren las mujeres y en todas ellas han quedado profundas huellas de esas injusticias.

Sabemos que por la presentación del caso L.M.R., sólo ella y su familia obtendrán la reparación integral que merecen y que las demás violaciones no serán reparadas, como no lo serán las familias de las mujeres que murieron a consecuencia de una legislación que criminaliza el aborto, impidiéndoles el ejercicio del derecho a decidir sobre sus cuerpos y sus vidas.

Pero si el Estado argentino cumple, sin dilaciones, con la garantía de no repetición que el CDH lo ha señalado<sup>205</sup> se producirán cambios en el ejercicio de derechos fundamentales largamente postergados que beneficiarán a todas las mujeres. La justicia y el reconocimiento de derechos obtenido por L.M.R. abrirán, sin dudas, una nueva etapa en la demanda de justicia reproductiva, en la que será central, en virtud de las propias recomendaciones del CDH, la revisión del actual marco legal y su modificación mediante

<sup>205</sup> CCPR/C/191/D/1508/2007 “11. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro” “12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y están sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité”

la sanción de una nueva legislación que no penalice a las mujeres y que habilite un plazo en el cual el derecho a decidir sea garantizado al igual que el acceso a la práctica.

## POLITICA DE ALIANZAS

Por Marta Alanis<sup>206</sup>

Uno de los principios patriarcales más difundidos es la enemistad histórica entre las mujeres, su incapacidad para una mutua lealtad y para solidaridades genuinas, en cuyo origen estaría la competencia por los hombres y otras razones de orden doméstico. El aislamiento entre las mujeres y su desunión a favor del poder masculino promovidos por el patriarcado en todas sus formas, convierte en un dato natural e inamovible una de las condiciones creadas por el patriarcado para ejercer su poder. Sin embargo, la historia demuestra, también en Argentina, que las mujeres hemos sido protagonistas de alianzas, de gestas históricas, de cambios sociales y construcción de movimientos sociales por la defensa sistemática de derechos elementales que nos son propios. Entre ellos, la lucha contra la apropiación de la sexualidad y la capacidad reproductiva de las mujeres está en el origen de un movimiento nacional, federal y plural encarnado en la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, que traspasa las fronteras de nuestro país. Esta Campaña, que surge como tal en el año 2005, tiene un lema: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal para no morir”, lema que se remonta a la Comisión por el Derecho al Aborto, donde se presentó por primera vez en público, el 8 de marzo de 1988, y que fue levantado en los debates y acuerdos logrados en los Encuentros Nacionales de Mujeres, que se vienen desarrollando anualmente en Argentina.

El movimiento por el derecho al aborto es uno de los tantos que reflejan los esfuerzos de reconstrucción de los lazos sociales a través de nuevas formas de organización que incluyen la protesta y la movilización, pero van más allá, al desarrollar una política de alianzas con diferentes sectores, diferentes regiones y diferentes actores sociales.

Se registra en la sociedad una conciencia creciente respecto de este derecho. A la vez indicio y factor de fortalecimiento de esa conciencia, los debates sobre el aborto ocupan un lugar en los medios de comunicación audiovisuales y gráficos impensable hasta hace unos años. El cambio en la actitud de los comunicadores ante la problemática y la mayor sutileza en el contenido de los debates son impactantes.

<sup>205</sup> *Presidenta y fundadora de la Asociación Católicas por el Derecho a Decidir-Argentina. Integrante de las Comisiones de Articulación y Cabildeo de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, y del Consejo Asesor del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ha sido Coordinadora Regional de la Red de Católicas por el Derecho a Decidir en Latinoamérica (1997-2001).*

Estas formas de coordinación irán otorgando progresivamente a las mujeres comprometidas en esta Campaña una mayor importancia y capacidad de decisión, convirtiéndonos en interlocutoras ineludibles frente al Estado cuando entran en debate estos temas, permitiendo además una mayor fuerza y protagonismo al actuar de un modo unido y coordinado.

Nuestro movimiento se define por su marcado carácter emancipatorio; nuestra capacidad de denuncia ante la burocratización y la falta de ejecución de las políticas que nos conciernen; la diversidad de nuestra composición; tenemos objetivos comunes y estrategias de acción muy diferenciadas; nuestra estructura responde a la forma de red o conexión de redes; tomamos las principales decisiones en plenarias nacionales; politizamos la vida cotidiana y el ámbito privado; asumimos métodos de acción no convencionales, utilizando el arte, la cultura, la protesta, la propuesta, el diálogo; nuestra estrategia mediática es clara y contundente y construye consensos como clave del éxito, desde una perspectiva feminista que genera empatía y solidaridad respecto de la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, que hace poco tiempo dejó de ser tabú para empezar a llamarse por su nombre.

Pensar la interrupción voluntaria del embarazo es indisoluble de pensar la maternidad: si no tuviéramos la posibilidad de decidir cuándo y cuántos hijos/as tener estaríamos considerando a la maternidad como destino, como desgracia, como mala suerte y no como un Don de Dios/Diosa. Sólo la maternidad voluntaria es una oportunidad especial en la vida e implica un compromiso amoroso para toda la vida con otro ser humano.

En cuanto al proyecto de Ley presentado por la Campaña con la firma de 50 diputados/as pertenecientes a todos los bloques políticos, denominado "Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), expediente 0098-D-2010", consagra el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo voluntariamente dentro de las primeras 12 semanas de gestación; un plazo que se amplía en casos en que la interrupción del embarazo esté motivada por razones de riesgo de vida o salud de la mujer, por malformaciones fetales graves, o en casos en que el embarazo resulte de una violación. La demanda de la mujer gestante debe ser atendida en hospitales públicos, centros de salud, obras sociales, prepagas.

Somos conscientes del carácter complejo y controvertido de este debate, los pasos que se vayan dando en el espacio del Congreso deben ir en sintonía con la construcción de consensos para que las fuerzas políticas aprueben la legalización del aborto. Estos

años de trabajo han puesto en evidencia que los tiempos parlamentarios tienen su propia lógica.

Fundamentamos nuestra posición en que el derecho al aborto es una deuda que la democracia argentina tiene con las mujeres para un pleno ejercicio de sus derechos; en la ineficacia de la prohibición del aborto para reducir su frecuencia; en la evidencia de que la criminalización del aborto sólo garantiza una intolerable discriminación social y sexual, por la cual las mujeres sin recursos que no pueden pagar el aborto en el circuito clandestino ponen en riesgo su vida y salud, y se arriesgan a ser maltratadas e incluso denunciadas en los centros públicos de salud.

Defendamos el derecho de las mujeres a decidir sobre sus vidas. No imponemos a nadie nuestra concepción de la vida, la sexualidad o la maternidad. No importan las razones que lleven a una mujer a recurrir al aborto, aspiramos a que encuentre en el sistema de salud pública una respuesta sanitariamente adecuada frente a lo que se le presenta como una necesidad. La opinión pública acompaña mayoritariamente nuestra posición, es la hora del Parlamento. No pueden nuestros representantes dar la espalda a los derechos de las mujeres.

### **Vocación de consensos**

Desde el restablecimiento de la democracia en la Argentina se ha registrado un crecimiento de las organizaciones de la sociedad civil, de los movimientos sociales y de las entidades inspiradas por el feminismo. En este proceso el feminismo ha ido quebrando la hegemonía de la Iglesia Católica en temas de moral sexual. La jerarquía católica ya no impone su agenda con la facilidad con que lo hizo tradicionalmente. La fuerza del feminismo para poner en debate otra visión de la sexualidad se ha plasmado en los últimos años a través de la Ley 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en 2003, en cuyo marco se legisla la anticoncepción de emergencia, la Guía para el Mejoramiento de la Atención Post Aborto y la Guía Técnica para Atención Integral de Abortos no Punibles; la Ley 26.130 del 2006, que consagra la anticoncepción quirúrgica, como la ligadura tubaria y la vasectomía; la Ley 26.150, de Educación Sexual Integral. Estas leyes constituyen grandes pasos adelante, aunque su implementación es desigual según las regiones del país, y se ve obstruida por los poderes conservadores, por negligencia o ineficiencia. Más recientemente, la Ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos de sus Relaciones Interpersonales, de 2009, reglamentada en 2010, que

reconoce distintos tipos y modalidades de violencia, entre ellas, "la violencia obstétrica"<sup>207</sup> y "la violencia contra la libertad reproductiva"<sup>208</sup>; y por último en el mismo año 2010 la Ley 26.618, que extiende el marco de la ley de Matrimonio Civil a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Estas leyes demuestran que la agenda religiosa conservadora debilita sus posibilidades en este momento histórico del país, aunque conserva su capacidad para entorpecer y demorar la plena vigencia de los derechos humanos.

Este contexto de ampliación de derechos y profundización de la democracia nos proporciona un marco para impulsar la despenalización y legalización del aborto a través de un gran consenso nacional, fruto de una construcción consciente y colectiva de carácter plural, inspirada y liderada por el feminismo.

Esta reivindicación en el país se remonta a los comienzos del siglo XX, pero los antecedentes más cercanos tienen que ver con el retorno en los años 80 de tantas mujeres militantes del exilio, donde en muchos casos lograron enriquecer su formación política incorporando la dimensión de género y el feminismo. En la IV Jornada anual de la organización feminista ATEM 25 de noviembre, en 1987, tuvo lugar una mesa sobre aborto integrada por la antropóloga Safina Newbery, la bióloga Susana Sommers y las abogadas Dora Coledesky y Erika Dummon:el, de donde surgiría la denominada Comisión por el Derecho al Aborto, que se presentaría en público el 8 de marzo de 1988, con el lema "Anticonceptivos para no abortar/aborto legal para no morir". En el III Encuentro Nacional de Mujeres de ese año 1988 se abriría por primera vez un taller sobre aborto. La causa del derecho al aborto y su consigna protagonizaron el XVIII ENM en Rosario, en 2003. Al lema se le había añadido "Educación sexual para decidir", como primera reivindicación, mientras el conservadurismo religioso se oponía a toda noción de educación sexual que no fuera la catequesis, esto es, la sexualidad con objetivos de procreación dentro del matrimonio. La crisis del año 2001 acercó a las feministas a los movimientos sociales y comenzaron a intercambiar agendas. Resultante de todo este proceso, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto se operativizó en el año 2005 con la convocatoria a la primera plenaria nacional, a la que asistieron 70 organizaciones sociales, sindicales, de mujeres, feministas y de la diversidad. Allí se acuerda su nombre, su lema: "Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal

<sup>207</sup> "Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresado en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929".

<sup>208</sup> "Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos a lo largo de su vida, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable".

para no morir”, se define el objetivo de cambiar la legislación sobre aborto, contemplada en el Código Penal, a la vez de reclamar la implementación de los abortos no punibles, esto es, los abortos terapéuticos abolidos de hecho por la injerencia de los conservadurismos religiosos en hospitales públicos –particularmente en comités de bioética--, y en puestos del Poder Judicial.

A poco de andar se fueron sumando organizaciones a la Campaña: más de doscientas en el segundo año, y actualmente son más trescientas, de diferentes ámbitos. Durante una larga jornada de trabajo y reflexión, en aquella primera plenaria de 2005, se acordó dar inicio a una campaña nacional como un marco que contuviera las acciones que se llevaban a cabo en las distintas localidades de acuerdo a las posibilidades de cada una. Desde un primer momento entendimos que existen muchas diferencias regionales en cuanto a la capacidad y dimensión de incidencia y acción de los grupos y organizaciones, pero también en las realidades concretas de cada zona. Consideramos la necesidad de legalizar y despenalizar el aborto como una cuestión de salud pública, de justicia social y de derechos humanos de las mujeres, lo que quedará plasmado más tarde en la fundamentación del proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo elaborado colectivamente, que luego de más de un año de debate fuera aprobado en el año 2006, durante una plenaria nacional realizada en la ciudad de Rosario.

Desde entonces, esta Campaña se fue instalando en las calles, en las universidades, en el Congreso, en organizaciones sociales, en las casas, en los medios de comunicación. Genera una gran variedad de actividades realizadas de manera coordinada y, en la medida de lo posible, en simultáneo en diversos puntos del país, con mesas de difusión y recolección de firmas en plazas, festivales, actos y marchas. También promueve debates, organiza muestras fotográficas, de cine y de videos, presentaciones de libros, comparte actividades en lugares de trabajo, escuelas, y centros comunitarios y académicos. Está presente en foros y reuniones científicas; en intervenciones urbanas artísticas y creativas. Organiza seminarios con figuras destacadas a nivel nacional, regional e internacional; participa en los Encuentro Nacionales de Mujeres, está presente en medios de comunicación locales, nacionales e internacionales. Exige la aplicación efectiva del artículo 86 del Código Penal –que contempla los casos de aborto no punible--, realiza acompañamientos a mujeres y tareas de cabildeo parlamentario con legisladores/as, publica solicitudes, elabora documentos.

Cada grupo hace suyos los documentos y las ideas, y enmarca cada acción propia en el gran objetivo que es la aprobación del proyecto de ley que despenalice y legalice el

aborto en el país. Esta forma de articular en red es novedosa y estamos convencidas de que esta causa no se sostiene ni cumplirá sus propósitos sin el apoyo de amplios sectores de la sociedad. Es por eso que si bien existen posturas diversas al interior de la Campaña, asumimos el compromiso de dar los debates pero a la vez avanzar sin quiebres.

Todas las acciones han sido importantes. Cada pequeña actividad se volvía inmensa al estar contenida en una estrategia nacional y esa mirada estratégica para promover las alianzas en pos de un cambio de legislación y un cambio cultural fue un aprendizaje donde confluyeron las diversas experiencias, los tantos bagajes que cada una aportó generosamente.

Desde Católicas por el Derecho a Decidir como organización de personas católicas y feministas hemos participado en los ENM; nos hemos comprometido con esta Campaña organizando la primera plenaria fundacional, y hemos aportado durante todos estos años en diferentes comisiones y acciones sin descuidar las otras líneas de trabajo de la organización: el trabajo con los movimientos sociales, la justicia social, el derecho a una vida libre de violencia y todos aquellos temas vinculados con la sexualidad y reproducción humanas y la influencia de las creencias religiosas. Fuimos las que llevamos los pañuelos verdes en el año 2003 al ENM de Rosario con leyendas sobre la despenalización y legalización del aborto, y luego un logo, consensuado entre todas, perduró como símbolo que identifica el derecho al aborto en todo el país. Las marchas de cierre de los ENM fueron comparadas por los medios de comunicación con una gran marea verde que inunda las calles.

Es en esta ebullición e irrupción de las mujeres construyendo historia, que tuvo lugar en el año 2006 el llamado Caso L.M.R., que ha sido ampliamente descrito en los capítulos anteriores. Tres de las organizaciones integrantes de la Campaña: INSGENAR, CLADEM y CDD presentamos este caso al Comité de Derechos Humanos de la ONU en el año 2007 y hoy contamos con un dictamen favorable que sanciona al Estado nacional por la negación de un aborto no punible en un caso de embarazo como consecuencia de violación, contando con el agravante de tratarse de una joven discapacitada. Es importante destacar que el petitorio no quedó limitado a la reparación económica de la víctima sino que se hizo hincapié en las medidas de no repetición, que implican modificaciones en la ley actual y en la creación y supervisión de políticas públicas para que los médicos y efectores de salud de los hospitales públicos cumplan con la ley. Es muy importante que cada política que se implemente desde el Estado en sus diferentes

niveles cuenta con la debida difusión.

Bajo ese gran paraguas de alianzas que es la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto van apareciendo otras, como la creada para litigio estratégico internacional, para trabajar con los movimientos sociales más diversos, otras para producir investigaciones y documentos académicos sobre derechos sexuales y reproductivos. Y así se van multiplicando las alianzas y la construcción de pequeños y grandes grupos para reivindicaciones propias, pero que tienen en su agenda el derecho al aborto. Alianzas entre académicas y mujeres de los movimientos rurales en reconocimiento de la importancia de los feminismos contra hegemónicos; alianzas entre periodistas que se agrupan para defender un lenguaje no sexista y se suman a la gran agenda feminista; algunas integrantes de esa red de periodistas<sup>206</sup> tienen inserción en los grandes medios, lo que hace especialmente valioso su compromiso con el movimiento. También hay diferentes alianzas para que nuestro Estado sea laico y no se exhiban en ámbitos públicos (escuelas, tribunales, edificios públicos) imágenes religiosas que implican discriminar a otras religiones y a personas que no tienen religión alguna.

Las grandes centrales sindicales han debatido y tomado posición por el derecho al aborto aunque no todas las han hecho públicas. Algunos partidos políticos en sus congresos han incorporado el derecho al aborto como un debate con el que tienen deudas y han convocado a las activistas de la Campaña a debatir en su seno.

Todas las alianzas construidas implicaron un cuidadoso trabajo de vínculos. Resulta relevante para esta causa la adhesión de los Consejos Superiores de 9 Universidades Nacionales<sup>210</sup>, una gran cantidad de facultades y cátedras así como destacados organismos de Derechos Humanos logrados entre los años 2010 y 2011 como la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS). Organismos nacionales –como la Secretaría de DD.HH. de la Nación y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)–, organismos provinciales y diferentes actores del Poder Ejecutivo, se han manifestado de manera favorable ante esta avanzada obstinada del movimiento de mujeres y movimientos diversos en debatir el derecho al aborto como un derecho ineludible de las humanas (Véase Adhesiones en la página web [www.abortolegal.com.ar](http://www.abortolegal.com.ar)).

Hasta ahora la mirada a nivel internacional omitía la necesidad de apelar a un

<sup>206</sup> Periodistas de Argentina en Red por una Comunicación no Sexista (PAR)

<sup>210</sup> Córdoba, Buenos Aires, La Plata, Mar del Plata, La Pampa, Patagonia Austral, San Juan Bosco, Oe' Cumadón; y la última, la de General Sarriente, el miércoles 16 de noviembre de 2011

consenso nacional para despenalizar y legalizar el aborto. Se manejaron entonces estrategias jurídicas ante las cortes como en el caso de Colombia con resultado positivo; conocimos el proceso de España impulsado por propio el PSOE, con apoyo de feministas pero resistido por todo el Opus Dei de manera impresionante. Con el triunfo del Partido Popular el 20 de noviembre de 2011 en España no hay certezas de cuál será el destino de los importantes avances legislativos que el PSOE había garantizado en cuanto a los derechos de las mujeres. Habíamos asistido con entusiasmo al proceso uruguayo que culminó con la aprobación en ambas cámaras de una ley que incluía el derecho al aborto en el primer trimestre de gestación, pero que fue vetado por el entonces presidente Tabaré Vázquez en noviembre de 2008. Y seguimos con el mismo interés la posibilidad de que bajo la actual gestión vuelva a tratarse en el Parlamento Uruguayo la cláusula vetada por la gestión anterior.

Hemos aprendido que los derechos de las mujeres nunca están garantizados, que siempre será necesario un movimiento sólido y comprometido para que el aborto sea legal y accesible para todas las mujeres. Apostamos intuitiva y conscientemente a buscar consensos, tal vez el camino más extenso pero el más consistente a largo plazo. Hemos logrado presionar al Congreso Nacional y ya se han realizado dos jornadas públicas en la Comisión de Legislación Penal para debatir el derecho al aborto con la presencia de Marianne Mollman, de *Human Right Watch*, en noviembre de 2010, y con la de Luz Patricia Mejía, relatora de los Derechos de la Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en julio del 2011. Las dos expositoras demostraron ampliamente que la legalización del aborto es compatible con la Constitución Nacional y con la legislación local, incluyendo los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con rango constitucional. Después de las elecciones presidenciales del 23 de octubre último, el 1 de noviembre tuvo lugar en la Comisión de Legislación Penal un debate sobre los proyectos de aborto presentados en la Cámara de Diputados. El resultado de ese debate fue un dictamen favorable al proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo presentado por la Campaña por siete votos sobre doce. Cuando la noticia estaba ya en todos los medios, el presidente de esa Comisión, el diputado de la Coalición Cívica Juan Carlos Vega<sup>211</sup>, desmintió que hubiera sido aprobado con el argumento de que no había tenido los votos necesarios. Sin embargo, él mismo convocó a esa reunión, la presidió, contó los votos y avaló la aprobación del dictamen, según

201 Su mandato terminó el 10 de diciembre de 2011

consta en la versión taquigráfica que recogió la totalidad de esa sesión.

Como los presidentes de las otras dos comisiones, Salud y Familia, donde debían discutirse estos proyectos, no estaban dispuestos a convocar a una reunión con ese objetivo, será preciso volver a presentar en 2012 el proyecto de la Campaña, y mapear la nueva composición de las Cámaras surgida de las últimas elecciones.

Hoy podemos decir que el derecho al aborto es el eje que articula al movimiento feminista a nivel nacional junto a otros actores muy valiosos. Todavía no tenemos el mismo nivel de articulación en temas tan caros a nuestro movimiento como son la violencia de género, los femicidios, los derechos laborales de las mujeres, la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena.

La política de alianzas aprendida y desarrollada con creatividad por las mujeres en defensa del derecho al aborto debe dar un paso más: intentar articular toda la agenda feminista para proponer al Estado una plataforma de acción que no deje afuera uno solo de los derechos enunciados o conquistados.



Naciones Unidas

**Pacto Internacional de Derechos  
Civiles y Políticos**

CCPR/C/101/D/1608/2007

 Distr. Reservada  
 28 de abril de 2011

Original: español

**Comité de Derechos Humanos**  
 101º período de sesiones  
 14 de marzo a 1 de abril de 2011

**Dictamen**
**Comunicación N° 1608/2007**

<u>Presentada por:</u>	V. D. A. representada por las organizaciones INSGENAR, CLADEM y ALDRE
<u>Presunta víctima:</u>	J. M.R.
<u>Estado Parte:</u>	Argentina
<u>Fecha de la comunicación:</u>	23 de mayo de 2007 (fecha de presentación inicial)
<u>Referencias:</u>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 37 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 5 de octubre de 2007 (no se publicó como documento)
<u>Fecha de recepción del dictamen:</u>	29 de marzo de 2011

<sup>1</sup> Se divulga por decisión de Comité de Derechos Humanos.

<i>Asunto:</i>	Negativa de las autoridades médicas y judiciales a autorizar un aborto.
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Falta de fundamentación.
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Derecho a la vida; derecho a la no discriminación; derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; respeto a la vida privada; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
<i>Artículos del Pacto:</i>	2, 3, 7, 17, y 18.
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	2.

El 25 de marzo de 2011, el Comité de Derechos Humanos aprobó el texto adjunto como dictamen del Comité emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1608/2007.

**Anexo**

**Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 101º período de sesiones -**

respecto de la:

**Comunicación Nº 1608/2007\***

Presentada por:	V. D. A. representada por las organizaciones INSGENAR, CLADEM y ACUDE
Presunta víctima:	L.M.R.
Estado Parte:	Argentina
Escala de la comunicación:	25 de mayo de 2007 (fecha de presentación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 28 de marzo de 2011,

Habiendo examinado el examen de la comunicación Nº 1608/2007, presentada por V.D.A. con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información presentada por escrito por la autora de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

**Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 de Protocolo Facultativo**

1. La autora de la comunicación, de fecha 25 de mayo de 2007, es V.D.A., ciudadana argentina, quien presenta la comunicación en nombre de su hija L.M.R., nacida el 4 de mayo de 1987. Alega que su hija fue víctima por parte de Argentina de violaciones a los artículos 2; 3; 6; 7; 17, y 18 del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 8 de noviembre de 1986. La autora está representada por abogado.

\* Parte integrante del examen de la presente comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Ludovik Rozsa, Sr. Christian Christ, Sr. Cornelius Hérzog, Sr. Yigit Karaslan, Sr. Helen Keller, Sr. Zeynep Zeynep Majidi, Sr. John H. Matho, Sr. Gerald L. Neuman, Sr. Rafael Eribon Pesada, Sr. Nigel Rodley, Sr. Kristen Helle y Sr. Margo Wilson.

De conformidad con el artículo 90 del reglamento del Comité, el Sr. Farouk Omar Salviati ha votado a favor del examen de la presente comunicación.

### Los hechos expuestos por la autora

2.1 L.M.R. es una joven residente en Cuenca, Provincia de Buenos Aires, que padece una discapacidad mental permanente. Vive con su madre, V.D.A., asiste a una escuela especial y tiene un tratamiento neurológico. Se le ha diagnosticado una edad mental entre 8 y 10 años.

2.2 En junio de 2006 la autora llevó a su hija al hospital de Guacima porque afirmaba que se sentía mal. En el hospital se constató que estaba embarazada, ante lo cual la autora solicitó se le practicara una interrupción de embarazo. El hospital se negó a practicar la operación y remitió a la paciente al Hospital San Martín de la ciudad de La Plata, que es un hospital público. También se informó de que debía hacer la denuncia policial. Dicha denuncia fue anticipada el 24 de junio de 2006 contra el hijo de L.M.R., sospechoso de haberla violado. La autora afirma que el Hospital de Guacima contaba con los medios necesarios para realizar la intervención, sin necesidad de derivación alguna, y que el rechazo obligó a la familia a acudir a la capital de la provincia, situada a 100 km. de distancia, con los gastos y las molestias que ello conllevaba.

2.3 L.M.R. llegó al Hospital de San Martín con un embarazo de aproximadamente 14,5 semanas. El 4 de julio de 2006 fue llamada y las autoridades del hospital solicitaron con carácter urgente la reunión del Comité de Bioética para que emitiera su opinión. Dado que era un caso de aborto no punible, encuadrado en el artículo 86, inciso 2 del Código Penal,<sup>1</sup> se empezaron a realizar los estudios prequirúrgicos para practicar la operación. Dicha disposición otorga a las mujeres con discapacidad mental que hayan sido violadas e derecho a interrumpir su embarazo, sin fijar plazos ni especificar el tipo de procedimiento médico a utilizar. Tampoco exige ningún tipo de autorización judicial, sólo se requiere e diagnóstico de la discapacidad, la autorización del representante legal y que el aborto sea realizado por un médico diplomado.

2.4 El hospital recibió una orden judicial exigiendo la interrupción de todos los procedimientos y se inició un proceso judicial para impedir el aborto. La jueza de menores falló prohibiendo e mismo, por considerar que no era para ella admisible reparar una agresión injusta (el abuso sexual) con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé<sup>2</sup>.

2.5 La decisión fue confirmada en apelación por la Cámara Civil, quien instruyó a la jueza para que ejerciera el control de L.M.R., en compañía de su madre, en cuanto a la evolución del embarazo y supervisara de manera constante y directa tanto el estado de salud de la menor como de su hijo por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad.

2.6 La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien en sentencia de 31 de julio de 2006, dejó sin efecto la sentencia recurrida y determinó que el aborto podía realizarse<sup>3</sup>. En consecuencia, comunicó al hospital de San Martín que la intervención médica que iban a realizar era legal y no

<sup>1</sup> Esta disposición establece lo siguiente: El aborto punible es: por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se lo hace 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; y 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En su caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

<sup>2</sup> La Corte declaró que "En la aplicación del art. 86, Inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; y en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no infrinmado por el ordenamiento jurídico (...) no corresponde aplicar un mandato de prohibición a la práctica de interrupción de embarazo se ve a jueza (...), en tanto se interesa en su decisión caso a caso por profesionales de la medicina en función de sus reglas de arte de operar".

requería autorización judicial. Esta sentencia se dictó casi un mes y medio después de denunciada la violación y del pedido de interrupción del embarazo.

2.7 Pese a la sentencia, el Hospital San Martín y la familia recibieron múltiples presiones de distintos sectores contrarios a la realización del aborto y el hospital se negó a practicarlo, con el argumento de que el embarazo estaba demasiado avanzado (entre 20 y 22 semanas). Con ayuda de organismos de mujeres se realizó una nueva ecografía en un servicio privado el 10 de agosto, la cual determinó un tiempo de gestación de 20,4 semanas.

2.8 La familia, acompañada de organismos de mujeres, contactó distintos hospitales y centros de salud, dentro y fuera de la provincia, pero ninguno accedió a realizar el aborto. Pese a ello, la familia logró que se practicara de manera clandestina el 26 de agosto de 2006.

2.9 Se encuentra documentado en la prensa que tanto el Rector de la Universidad Católica como el representante de la Corporación de Abogados Católicos, se involucraron en las presiones a la familia y a los médicos, e incluso hicieron públicas las cartas amenazadoras enviadas al hospital, sin que ninguna autoridad interviniera.

#### **La denuncia**

3.1 La autora señala que, a pesar de contar con un recurso legal para decidir sobre sus derechos reproductivos, L.M.R. no pudo acceder al aborto legal. Fue discriminada en el acceso a la salud reproductiva, se violó su autonomía reproductiva, su derecho a la privacidad y a la intimidad y a acceder a un aborto seguro dentro del sistema de salud pública. Tanto ella como su familia sufrieron daños morales y psíquicos y vieron afectada su vida cotidiana. El daño psíquico de L.M.R. se manifiesta bajo la forma de trastorno por estrés post-traumático, con síntomas predominantemente fóbicos. Si bien es difícil diferenciar los efectos de la violación de aquéllos producidos por la ineficacia del Estado para garantizar su acceso a un aborto seguro, hay suficientes indicios para afirmar que si el aborto hubiera sido realizado en tiempo y forma adecuados se habrían minimizado las consecuencias dañosas.

3.2 La autora afirma que tanto ella como su hija mayor perdieron sus trabajos debido a que, durante tres meses, fue necesario estar a disposición de los trámites impuestos por el sistema judicial y el de salud y cuidar permanentemente de L.M.R., muy afectada por la situación. A ello hay que sumar el coste material que implicaron dichos trámites.

3.3 La autora afirma que las dificultades para acceder al aborto legal no sólo son padecidas por mujeres con discapacidades que han sido violadas. Existen numerosos casos de mujeres para las que la continuación del embarazo significa un riesgo para su vida y/o su salud. A pesar de constituir esto también una causal de aborto legal admitida en el país, es casi imposible obtener el acceso a servicios de salud que lo hagan efectivo. Existen numerosos precedentes jurisprudenciales en este sentido. Tanto en los casos de aborto no punible como en otros casos de intervenciones médicas ventiladas ante los tribunales, como las solicitudes de anticoncepción quirúrgica, se ha determinado que no es necesaria la autorización judicial y que los médicos no deben solicitarla.

3.4 El Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de la violación del artículo 2 del Pacto.

3.5 La autora afirma igualmente que la imposibilidad de obtener la interrupción del embarazo constituyó una violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, conforme al artículo 3 del Pacto. La falta de debida diligencia del Estado para garantizar un derecho legal a un procedimiento sólo requerido por las mujeres, sumado a la arbitrariedad del personal de salud, truen como resultado una práctica discriminatoria que violó los

CCPR/C/101/D/1608/2007

derechos de L.M.R. Esta vulneración es aún más grave y se tiene en cuenta que se trata de una persona discapacitada y pobre, por lo que la obligación del Estado de proteger sus derechos y de erradicar los prejuicios culturales o religiosos que comprometen su bienestar era de mayor trascendencia.

3.6 La autora recuerda las Observaciones Finales del Comité en relación con el Estado parte en las que se afirma que las actitudes tradicionales hacia la mujer siguen ejerciendo una influencia negativa en su disfrute de los derechos del Pacto. Dado que el objeto es un problema que sólo afecta a las mujeres y que en el imaginario colectivo está cubierto de todo tipo de prejuicios, fue discriminatoria la actitud de los funcionarios judiciales y del personal de salud del Hospital San Martín, así como la inoperancia de las autoridades para hacer cumplir la ley, negando a L.M.R. su derecho a obtener un aborto legal y seguro. Además, las actitudes y prejuicios sociales y la presión de sectores fundamentalistas impidieron el disfrute de los derechos a la vida, salud, integridad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros, en igualdad de condiciones y libre de discriminación, entendiéndose que para las mujeres estos derechos tienen en ocasiones un contenido diferente que para los hombres. Además, la inexistencia de protocolos hospitalarios que establecen los dos casos de aborto legal que existen en el país hace difícil a las mujeres que se encuentran en estas circunstancias exigir el respeto a su derecho y deja espacio a los funcionarios para que apliquen la ley de manera arbitraria.

3.7 La autora señala igualmente que los hechos configuran una violación del derecho a la vida de L.M.R. El Estado no adoptó las medidas necesarias ni observó la debida diligencia para que L.M.R. obtuviera una interrupción segura de su embarazo y evitar así que se sometiera a un aborto clandestino e inseguro. Según han señalado el propio Comité, el respeto del derecho a la vida para las mujeres incluye el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida. Afirma que el aborto clandestino constituye un problema de salud pública que continúa cobrando miles de vidas de mujeres en el país y que constituye la primera causa de muerte materna. Recuerda que cuando el Comité examinó el tercer informe periódico de Argentina, se mostró preocupado por el hecho de que “la criminalización del aborto disuade a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un acceso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto legal y seguro”<sup>5</sup>.

3.8 La autora señala que la obligación impuesta a su hija de continuar, de manera forzada, con el embarazo constituyó un trato cruel e inhumano y por ende una violación de su derecho a la integridad bajo el artículo 7 del Pacto. La negativa a practicar el aborto obligó a L.M.R. y a su familia a soportar días de tensión y sufrimiento físico y mental, a recurrir al aborto clandestino, poniendo en riesgo su vida y su salud y a acudir de numerosas sesiones. La presión para continuar el embarazo y dar el nacido en adaptación colocó a la familia ante dilemas muy dolorosos. La autora lo vivió como un trauma cruel y degradante. Para ella, la gente se arrojó a hacerle esos ofrecimientos porque era pobre y lo sentía como una profunda humillación.

3.9 La autora señala también que los hechos constituyen una violación del artículo 17 del Pacto. El Estado parte no solo interfirió con una decisión sobre su vida reproductiva arreglada legalmente, sino que además intervino de manera arbitraria en la vida privada de L.M.R., tomando por ella una decisión sobre su vida y salud reproductiva.

<sup>5</sup> CCPR/C/101/D/1608/2007, párrafo 14.

3.10 También se alega una violación de artículo 18 del Pacto. Sectores católicos de número numeroso, pública y constantemente realizaron amenazas de diversos tipos, presionaron y acosaron a la familia sin que las autoridades intervinieran para proteger los derechos de L.M.R. El derecho a la libertad religiosa y de convicciones tampoco fue respetado por el Servicio de Ginecología del Hospital San Martín, al efectuar una objeción de conciencia colectiva o institucional. Ello resulta inconstitucional tanto en relación al marco regulatorio de los deberes de los funcionarios públicos como en cuanto al resguardo del derecho a la vida y a la salud de la paciente a que están obligados los profesionales de la salud. En virtud del derecho vigente el hospital debió derivar el caso a otro servicio.

3.11 La autora formula los siguientes pedidos al Comité: a) Que establezca la responsabilidad internacional del Estado; b) Que ordene al Estado la reparación integral para L.M.R. y su familia, que incluya la indemnización del daño material y moral así como medidas de garantía de no repetición; c) Que ordene al Estado implementar protocolos hospitalarios que permitan viabilizar el acceso a un aborto legal y de calidad y los mecanismos para hacer efectivo ese derecho; d) Que se revise el marco jurídico nacional respecto del aborto en general, el cual sanciona penalmente a las mujeres que interrumpen un embarazo no deseado o forzado, y que las lleva a someterse a abortos clandestinos que ponen en serio riesgo su vida y salud integral.

#### Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 Mediante un verbatim de 9 de enero de 2008, el Estado parte planteó que la comunicación era inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos. La comunicación pretende promover en sede internacional una petición puramente reparatoria, toda vez que los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. El trámite judicial que finalizó con el fallo de la Suprema Corte que autorizó la suspensión del embarazo duró 37 días, plazo inobjetable atendiendo a los criterios de razonabilidad pacíficamente aceptados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, habiendo resuelto la jurisdicción nacional el caso de manera favorable para la parte reclamante, no tiene sustento el pedido de adopción de medidas reparatorias de carácter integral solicitada por la autora.

4.2 Sin perjuicio de lo anterior, el Estado parte observa que los eventuales daños y perjuicios que la autora alega deberían ser resueltos previamente en la jurisdicción interna. El Código de Procedimientos de Enjuicio Civil y Comercial, en vigor en la Provincia de Buenos Aires contempla un proceso específico, idóneo y eficaz mediante el cual los alegados padecimientos físicos y psicológicos podrían ser investigados con miras a una eventual indemnización.

4.3 Con fecha 9 de mayo de 2008 el Estado parte reitera que la justicia actuó con la celeridad que requiere el caso, ya que en menos de cuatro semanas resolvió el mattero del pleito, habiendo pasado la tramitación por la instancia de origen, la Cámara y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, todo ello en período inobjetable por el acceso judicial. No obstante, las diversas circunstancias derivadas de los hechos, el estado público que tomó la causa y las valoraciones de los profesionales de la medicina impidieron que en esa instancia se pudiera llevar a cabo el procedimiento abortivo contemplado en la legislación penal. La decisión posterior de la autora de no acudir a la realización de la práctica abortiva antiseptica se erraron en una decisión tomada en su esfera íntima, no pudiendo ser considerada como consecuencia directa de la actuación del Estado. Se destaca además que la Asesora de Derechos de la autora fue informada.

4.4 De considerarse a la autora con derecho a la obtención de una reparación por los daños y perjuicios, el derecho interno cuenta con las vías a través de las cuales se pueden efectivizar dichos reclamos. En cuanto a la petición de la autora de que el Estado adopte

medidas de garantía de no repetición y sobre la adopción de protocolos Hospitalarios que permitan viabilizar el acceso a un aborto legal y de calidad, y los mecanismos para hacer efectivos ese derecho, con fecha 29 de mayo de 2007, el Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a través de la Resolución n° 204/2007 aprobó el Programa Provincial de Salud para la Prevención de la Violencia Familiar y Sexual y la Asistencia a las Víctimas, el cual contiene un Protocolo de Aborto No Punible. La legislación y la política criminal provincial encuentran su limitación en los tipos penales que se establezcan en el Código Penal Argentino. Por esta razón, la Provincia de Buenos Aires, dentro de sus facultades y a fin de evitar que sucedan casos similares al presente, aprobó dicho Programa.

#### Comentarios de la autora a las observaciones del Estado parte

5.1 El 14 de junio de 2008 la autora respondió a las observaciones del Estado parte. En relación con la admisibilidad, la autora recordó su solicitud de que el Comité estableciera la responsabilidad internacional del Estado en relación con la violación de los derechos de L.M.R., por considerar que el Estado incumplió sus obligaciones de garantizar y respetar sus derechos a un recurso legal, a la vida, a la igualdad, a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la intimidad, y a la libertad de pensamiento y de conciencia. Este es el objetivo principal de la comunicación, cuya determinación resulta fundamental para el cumplimiento de las demás peticiones. Tanto la reparación integral como el resto de las peticiones son una consecuencia necesaria de la violación de derechos de que fue víctima L.M.R. por el Estado.

5.2 L.M.R. reclamó el acceso al aborto legal y seguro, recurrió todas las instancias judiciales para obtenerlo y la intervención médica requerida no se realizó. En consecuencia, en relación al objeto principal de la comunicación que es la violación a sus derechos por negarle el aborto legal, se agotaron todos los recursos internos. Las acciones reparatorias o indemnizatorias que se derivarían de la violación de esos derechos y que el Estado sugiere deberían haberse iniciado en la Provincia de Buenos Aires no habrían garantizado su derecho al aborto legal. De hecho, no eran efecaces para que L.M.R. accediera a la práctica médica solicitada.

5.3 L.M.R. obtuvo sentencia favorable en la última y mayor instancia judicial de la Provincia. Sin embargo, esta sentencia no fue ejecutada a causa de la negativa del personal del Hospital público encargado de hacerla efectiva. L.M.R. no tenía posibilidad de recurrir una sentencia favorable que el mismo Estado se negó a cumplir, constituyéndose eso en una violación permanente de sus derechos. Por consiguiente, la autora sostiene que la comunicación es admisible.

5.4 En relación con las observaciones del Estado sobre el fondo, la autora señala que el Estado se ocupa de la celeridad del proceso judicial. Sin embargo, el Estado omite decir que el proceso mismo era innecesario y su instauración configura una violación de los derechos de L.M.R. Dicha judicialización no era requerida por el Código Penal y fue desacompañada por numerosos fallos judiciales previos. El Estado parte no explica si se tomaron medidas en relación a la juez de menores que actuó en primera instancia por incumplimiento de sus deberes de funcionario pública, delito en el que también incurrieron los empleados y directivos del hospital.

5.5 El Estado parte omite reconocer que no implementó medida alguna para proteger a L.M.R. de la persecución periodística, el acoso institucional y la desprotección hospitalaria que terminó impidiendo la efectiva interrupción del embarazo. El Estado reconoce como causales válidas las "valoraciones de los profesionales de la medicina". En realidad, estas valoraciones, además de arbitrarias y personales, fueron falaces en varias oportunidades. Se liberó el tiempo de gestación en el informe de una ecografía. Además, se impuso un límite temporal a la realización del aborto que no tiene fundamento legal. En realidad, se trató de un desmoronamiento a la ley y de incumplimiento de los deberes de funcionario público de los

profesionales de salud. Estos configuran hechos delictivos que nunca fueron objeto de investigación administrativa ni judicial.

5.6 La autora accedió al circuito clandestino para efectivizar un aborto que el Estado le negó, por tanto fue una consecuencia directa de la emisión y negligencia estatal. La autora muestra su desconformidad con la observación del Estado de que la asesora de incapaces no fue informada. En efecto, el Estado pretende que se informe a una funcionaria judicial, en medio de la persecución perinodística y la presión intermitida de sectores fundamentalistas, de un proceso clandestino, realizado bajo la presión del paso del tiempo, la falta de recursos y la falta de acceso a una justicia efectiva.

5.7 Respecto a la resolución ministerial que contiene un Protocolo de Aborto No Punitivo en la Provincia de Buenos Aires, su promulgación fue posterior al caso. Además, si bien es una propuesta positiva, no deja por ello de ser una solución parcial. El Estado Nacional debe garantizar que existan protocolos en todos y cada uno de los Estados Provinciales y jurisdicciones a su cargo, si es que quiere garantizar la no repetición de estas violaciones. Además, estos protocolos deberían estar respaldados por leyes de máximo nivel dentro de la jurisdicción provincial y no, como en este caso, por una resolución ministerial.

#### **Observaciones adicionales del Estado parte**

6.1 Con fecha 21 de agosto de 2008 el Estado parte señaló que, de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia podía concluirse que existió una interferencia ilegítima de parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, ya que por aplicación del artículo 86 inc. 2 del Código Penal la interrupción del embarazo no requiere autorización judicial. Las consecuencias de esa medida fueron la imposibilidad de realizar el aborto por lo avanzado del embarazo, por lo que asistió a razón a la denunciante en cuanto a la posible violación del artículo 2 del Pacto.

6.2 Ahora bien, la decisión del Hospital de no realizar la interrupción del embarazo estuvo motivada en que, por lo avanzado de la gestación, la práctica a realizarse ya no era considerada, desde el punto de vista médico, un aborto sino un parto inducido. Esta circunstancia no puede merecer reproche, ya que no existiría conculcación de norma alguna. No obstante, puede advertirse la ausencia de reglas que especifiquen y aclaran hasta qué momento puede considerarse que un embarazo se encuentra lo suficientemente avanzado para que su interrupción implique un parto inducido y no un aborto.

6.3 El Estado parte señala igualmente que la ilegítima injerencia del Estado, a través del Poder Judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico podría ser considerado una violación del derecho a la intimidad de aquella. Además, la circunstancia de haber tenido que transitar un embarazo producto de una violación y someterse a un aborto en el circuito clandestino pudo haber actuado como concausa del daño moral que sufrió la víctima, aunque no configuraría tortura, a tenor de la definición de tortura del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

6.4 La libertad de pensamiento, conciencia y religión no ha sido conculcada por el Estado, ya que la actividad de grupos particulares es ajena a la actuación de los miembros de éste. Las autoridades del hospital en el que L.M.R. fue atendida no efectuaron una objeción de conciencia para no realizar el aborto, sino que consultaron que, por lo avanzado del embarazo, la práctica era otra, es decir la realización de un parto inducido.

6.5 Con base en lo anterior, el Estado parte señala que sería oportuno analizar la posibilidad de iniciar un procedimiento de solución amistosa en el que se estudiaran las peticiones realizadas por la autora.

**Comentarios adicionales de la autora**

7.1 Con fecha 6 de febrero de 2010 la autora manifestó su rechazo al argumento de que la decisión del hospital de no realizar la interrupción del embarazo estuvo motivada en que, por lo avanzado de la gestación, la práctica a realizar ya no era considerada, desde el punto de vista médico, un aborto sino un parto inducido. Recuerda que la causa de que la gestación avanzara fue la innecesaria judicialización del caso. El Estado es el causante de la demora. Además, el hospital falsó el tiempo de gestación en el informe de una ecografía, e impuso un límite temporal a la realización del aborto que no tiene fundamento legal, ni a nivel nacional ni internacional.

7.2 Además del desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales que ordenaban no judicializar los casos (responsabilidad del Poder Judicial) se comitió desacato a la ley e incumplimiento de los deberes de funcionario público por parte de los profesionales de la salud. Ambos son hechos delictivos que no fueron objeto de investigación administrativa ni judicial. La negativa a interrumpir el embarazo fue una objeción de conciencia institucional solapada del hospital público. La negativa fue arbitraria, porque el Código Penal no limita el plazo dentro del cual se puede realizar esa práctica. Además, existía un precedente de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, donde se autorizó la realización de un aborto terapéutico en un embarazo tan avanzado como el de L.M.R. y que fue realizado en un hospital público el año anterior.

7.3 La autora disiente con el argumento del Estado parte de que en el caso no se configuraría tortura a tenor de la definición del artículo 1 de la Convención contra la Tortura. En su parecer, el caso configuraría trato cruel, inhumano y degradante. El Estado parte no da explicaciones que avalen su posición, la cual se contradice con la jurisprudencia del Comité en el caso *K.N.L.H. v. Perú*<sup>1</sup>.

7.4 La autora reitera que el Estado parte en ningún momento tomó medidas para proteger a L.M.R. y su familia, ni para impedir que los grupos conservadores de la iglesia católica impusieran tanto a la víctima y su familia como al personal del hospital sus propias creencias religiosas, impidiendo a la vez que pudieran tomar libremente sus decisiones. Por tanto, disiente con la posición de que la libertad de pensamiento, conciencia y religión no fue conculcada por el Estado por tratarse de actos privados.

7.5 Respecto a la posibilidad de una solución amistosa, la autora informa que las partes se reunieron en tres ocasiones entre agosto y noviembre de 2008 para discutir una agenda reparatoria para la víctima y su familia y medidas de no repetición. Desde el inicio de las conversaciones los representantes del Estado plantearon la existencia de impedimentos legales para hacer efectivo el resarcimiento pecuniario debido al tipo de restricciones vigentes en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Como consecuencia, no se lograron avances en ninguno de los puntos del peticitorio de indemnización. Sólo se concretó una beca de estudios desde el Ministerio de Educación de la Provincia, a finales de 2008 con un pago de 5000 pesos. No obstante el compromiso de que esa beca sería vitalicia, hasta la fecha no se hizo efectivo ningún nuevo pago de la misma.

7.6 Tampoco se registraron avances significativos respecto al resto del peticitorio, ni en el reconocimiento público por parte del Estado ni en el conjunto de medidas que garantizarían la no repetición. A excepción de la sanción, en marzo de 2009, de una Ley Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, del resto de las temáticas abordadas hasta la fecha sólo se cuenta con la manifestación de comprometerse al abordaje de las mismas.

<sup>1</sup> Comunicación n.º 153/2005, *K.N.L.H. v. Perú*, dictamen de 24 de octubre de 2005

CCPR/C/101/D/1608/2007

5.7 La autora reitera el pedido que dirigió al Comité, rechaza la solución amistosa y solicita que el Comité se expida.

#### **Deliberaciones del Comité**

##### *Examen de la admisibilidad*<sup>5</sup>

8.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 Conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha referido a lo que el tribunal mismo no ha sido notificado ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

8.3 El Comité observa que, si bien en un primer momento el Estado parte planteó que la comunicación era inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos, en correspondencia a posterior se mostró de acuerdo con la autora en que había existido una intervención legítima por parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en la aplicación del artículo 86, inc. 2 del Código Penal en el caso de L.M.R. También se mostró de acuerdo con la autora en que se había producido la violación de varios artículos del Pacto. En consecuencia, el Comité considera que no existen obstáculos al examen del fondo de la comunicación con arreglo al artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo.

8.4 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité recuerda su jurisprudencia consistente de que el artículo 2 constituye un compromiso general de los Estados y no puede ser invocada de manera autónoma por los particulares en el marco del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, la denuncia relacionada con esta disposición será analizada conjuntamente con las denuncias relativas a otros artículos del Pacto formuladas por la autora<sup>6</sup>.

8.5 El Comité toma igualmente nota de la denuncia de la autora de que la imposibilidad de obtener la interrupción del embarazo constituyó una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación conforme al artículo 2 del Pacto. En su opinión, la falta de debida diligencia del Estado para garantizar un acceso legal a un procedimiento solo requerido por las mujeres ha resultado en una práctica discriminatoria en relación con L.M.R. El Comité considera que esta denuncia está íntimamente relacionada con las relativas a otros artículos del Pacto, por lo que debe ser analizada conjuntamente con las mismas.

8.6 El Comité nota la denuncia de la autora de que los hechos configuran una violación del derecho a la vida de L.M.R., ya que el Estado no tomó las medidas necesarias ni observó la debida diligencia para que L.M.R. obtuviera una interrupción segura de su embarazo y evitar que se sometiera a un aborto clandestino e inseguro. El Comité observa, sin embargo, que del expediente no se desprende que la vida de L.M.R. haya estado particularmente en peligro por las características del embarazo o las circunstancias en que la interrupción del mismo se efectuó. Por consiguiente, el Comité considera esta denuncia inadmisibles por falta de fundamentación, conforme al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.7 La autora sostiene que su hija fue objeto de una violación del artículo 18 debido a la acción del Estado ante las presiones y amenazas provenientes de sectores católicos y ante

<sup>5</sup> Comunicación n.º 1135/2003, *K.N.L.H. v. Perú*, cit., párrafo 5.1.

CCPR/C/101/D/1608/2007

la objeción de conciencia de los médicos del hospital. El Estado parte niega que este artículo haya sido conculcado, ya que la actividad de grupos particulares es ajena a la actuación de los miembros de éste, y que fueron cuestiones médicas las que determinaron el rechazo del hospital de efectuar la operación. En las circunstancias el Comité considera que la autora no ha fundamentado suficientemente su queja, a efectos de la admisibilidad, y que la misma debe considerarse inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.8 En cuanto a las denuncias relativas a los artículos 7 y 17 del Pacto, el Comité considera que las mismas han sido suficientemente fundamentadas, a efectos de la admisibilidad.

8.9 En vista de lo que precede, el Comité declara la comunicación admisible en cuanto plantea cuestiones relacionadas con los artículos 2, 3, 7 y 17 del Pacto.

#### *Examen de la cuestión en cuanto al fondo*

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que la obligación impuesta a su hija de continuar con el embarazo, a pesar de estar amparada por el artículo 86, inc. 2 del Código Penal, constituyó un trato cruel e inhumano. El Estado parte señala que la circunstancia de haber tenido que transitar un embarazo producto de una violación y someterse a un aborto en el circuito clandestino pudo haber actuado como concusita del daño moral que sufrió la víctima, aunque no configuraría tortura. El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral<sup>6</sup>.

9.3 El Comité toma nota de la denuncia de la autora de que los hechos constituyeron una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. Igualmente, toma nota de la afirmación del Estado parte de que la ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico podría ser considerado una violación del derecho a la intimidad de aquélla. En las circunstancias, el Comité considera que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto<sup>7</sup>.

9.4 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité observa que los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. con el fallo de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para llegar a ese resultado la autora debió pasar por tres instancias judiciales, el periodo del embarazo se prolongó de varias semanas, con las consecuencias que ello implicaba para la salud de L.M.R. y movió que, finalmente, naciera que acudit a su realización de manera clandestina. Por estas razones el Comité

<sup>6</sup> Observación General n° 20: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes artículo 71, 10 de marzo de 1992, párrafo 5. Véase igualmente *K.N.L.H. c. Perú*, cit. párrafo 6.3.

<sup>7</sup> *K.N.L.H. c. Perú*, cit. párrafo 6.4.

CCPR/C/101/D/1608/2007

considera que la autora no dispuso de un recurso efectivo y que las medidas descritas configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí por lo demás manifiesto una violación de los artículos 7, 17 y 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

11. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Procedimiento facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

[Advertido en español, francés e inglés, siendo la versión original el texto español. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso, como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

# ANEXO

## Voto de la jueza Hilda Kogan de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires sobre el caso L.M.R.

### ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 31 de julio de 2006, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Pettigiani, Kogan, Soria, Hitters, Roncoroni, Dominguez, Mahiques, Piombo**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo extraordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 98.830, "R. , L.M. , "NN Persona por nacer. Protección. Denuncia".

.....  
 .....  
**A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:**

**Nos encontramos nuevamente resolviendo un caso que nunca debió llegar a estas instancias. Siento la necesidad de manifestar que cuando hay un ejercicio responsable de los derechos consagrados por nuestra legislación -tal como lo hicieron, respectivamente, la progenitora de L.M.R. y los equipos profesionales de la salud involucrados- la intervención indebida de los jueces no hace mas que distorsionar la percepción del paisaje normativo por parte de la ciudadanía, alentando la idea equivocada de que los agentes públicos tienen la potestad de tutelar las conciencias y las conductas privadas.**

He de adherir al voto del doctor Genoud, con las consideraciones que a continuación expongo.

Antecedentes del caso.

I. La señora V.D.A., madre de L.M.R., se presentó (ver fs. 5) para denunciar que su hija de 19 años, que padece un retraso mental, se encontraba embarazada producto de un hecho de violación, que se describió como ocurrido -presuntamente- en el ámbito intrafamiliar.

Expuso que su hija le manifestó al ser interrogada al respecto que "el tío" "... la había acostado en la cama y la había sacado la ropa y que ella decía no, no tío, y él le decía yo te voy a hacer el amor, entonces él también se sacó la ropa. Que le abrió las piernas, le metió el pito en la cola ... que al rato le dijo ya está y le preguntó te gustó y ella

respondió que no porque le había dado asco. Entonces ... el le dijo vestite y como ella no se vestía la terminó vistiendo él...". La señora A. expresó luego que "... solo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo...". Por último, manifestó su deseo de instar la acción penal (cf. fs. 5/6).

II. A fs. 12/15 se ha glosado el protocolo de abuso sexual practicado en la Delegación Departamental de Investigaciones I de La Plata (Dirección Científica Regional) suscripto por la Capitán Médico de Policía A. G.S. , del cual surgen como datos relevantes que L.R. presenta funciones intelectuales disminuidas, alteraciones en la memoria inmediata, pensamiento dificultoso, imaginación alterada.

III. A fs. 20 se incorporó el resultado positivo del análisis DAP-Test en suero, practicado sobre la paciente R. por el Laboratorio de análisis clínicos Guernica.

IV. A fs. 22 se glosó el reconocimiento médico efectuado por la Directora Asociada del Hospital Zonal General de Aguas doctora C.G. , del que se desprende que L.M.R. padece un retraso mental moderado secundario a encefalopatía hipoxómica. La incapacidad es descrita como parcial, permanente, se estima un 76% de incapacidad laboral y se asienta que no es posible modificar el diagnóstico con tratamiento adecuado.

V. A fs. 23 se aprecia un certificado suscripto por el doctor G. M. C. I. de neurología - neurocirugía, del mismo nosocomio que dictamina "Paciente en tratamiento neurológico por retraso madurativo moderado. Lenguaje coherente. Lee con dificultad. Antecedentes de sufrimiento fetal por bajo peso al nacer (1200 gr.?). Asiste a escuela especial...".

VI. Consta a fs. 26 la copia del certificado de nacimiento de la menor L., hija de R.H.R. y de V.D.A.

VII. El titular del Centro de Asistencia a la Víctima de la Fiscalía General departamental, doctor Pedro Chazarreta, puso en conocimiento de la Asesora de Menores e Incapaces nº 2 doctora Laura Ozafrain de Ortiz, que la progenitora, la menor víctima y su hermana fueron entrevistadas por personal del equipo técnico de esa secretaría, manifestando -especialmente la primera- que dado la discapacidad de la menor y la situación particular de la familia, no desean continuar con el embarazo (v. fs. 46/47).

VIII. A fs. 34/35 obra el oficio dirigido al doctor Chazarreta por la Asistente Social de la misma Fiscalía General, Andrea Vazquez, quien dio cuenta de lo actuado hasta ese momento. De allí surge que la doctora Laura Ozafrain dio intervención al Defensor General Departamental, doctor Ozafrain, en orden a la manifestación expresa de la progenitora de la víctima de no continuar con el embarazo. Este último, luego de entrevistar a la madre y ser autorizado a realizar las gestiones necesarias al efecto,

mantuvo comunicación con la Jefa de Ginecología del Hospital San Martín, doctora C. . La profesional médica refirió que no habría impedimento para la realización del aborto eugenésico sin autorización. Se informa que el 4 de julio del corriente L.R. fue internada para la realización de los estudios pertinentes y que se solicitó con carácter de urgente la reunión del Comité de Bioética.

IX. A fs. 37 la titular de la Unidad Funcional de Investigaciones n° 5, Sonia Leila Aguilar -quien tiene a su cargo la investigación por la denuncia de violación n° 307.639/06- resolvió remitir con carácter de urgente copias de esa I.P.P. al Juzgado de Menores n° 5 y a la U.F.I.; Juzgado de Garantías y de Menores en turno, con cita del art. 287 del Código Procesal Penal.

Para así resolver consideró "...que no sería de aplicación al presente caso lo resuelto por la S.C.J.B.A. en el Acuerdo N° 2078, ... ya que el aborto que se pretende ... se trata de un aborto eugenésico ... art. 86 inc. 2° del Código Penal". Agregó que la citada norma "... a la luz de la reforma Constitucional operada en el año 1994 resulta de dudosa constitucionalidad...".

X. La jueza doctora Inés Noemí Siro, titular del Tribunal de Menores n° 5 dio intervención a la Asesoría n° 2 por la nombrada R. y a la Asesoría n° 4 por la persona por nacer.

XI. La asesora de menores doctora Laura Ozafrain expuso que "... no resulta competente ningún juez para autorizar lo que la propia ley autoriza, ni para interferir en la efectivización del acto médico..." que los recaudos del art. 86 inc. 2° del Código Penal "... sin duda alguna confluyen en la situación de M., puesto que surge de la intervención de la agente fiscal, que la joven ha sido abusada sexualmente así como de la propia enfermedad mental..." y que "... en cuanto al grado de su enfermedad ... es el criterio médico el que debe primar para resolverlo, puesto que la norma no define el término ni lo remite a la existencia de una declaración jurídica previa" (cf. fs. 41/44vta.).

XII. La jueza Siro mantuvo contacto directo con la joven y una audiencia con la señora A. en la que ésta le relató los sucesos ocurridos a L. (fs 51).

XIII. La doctora Griselda M. Gutiérrez, titular de la Asesoría de incapaces n° 4, se presentó a fs. 54/55 y solicitó "Rechazar el pedido de interrupción del embarazo y se arbitren todas las medidas necesarias para amparar la salud psicofísica de la menor curante y después que se produzca el alumbramiento".

Si bien en su presentación afirmó que algunos supuestos de aborto "están alcanzados por una excusa absolutoria", ellos -entenció- podrán ser opuestos en una

investigación penal luego de cometido el hecho, pero no corresponde a ningún juez adoptar una decisión previa. Luego de esa aclaración sostuvo que ante la confrontación entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a la vida del niño por nacer debe prevalecer el último y a tal fin dejó "... planteada la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos, donde no está en peligro la vida de la madre, por importar una grave violación de derechos de base constitucional, en especial "el derecho a vivir ...".

XIV. A fs. 57/58 se ha glosado el informe de la perito psicóloga del Tribunal, Susana Boatriz Kormos. Dicha licenciada condujo que L. "se trata de una joven con una deficiencia mental de grado moderado ... Con respecto a su nivel madurativo se estima (según la evaluación del Test de Bender), una edad mental de 8 años aproximadamente (3° año de escolaridad común).

XV. La jueza de menores resolvió no hacer lugar al pedido de autorización (nunca realizado) para efectuar prácticas abortivas en la persona de L.M.R.

Para así resolver, consideró primeramente que el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación.

Al tratar este punto, efectuó citas pertinentes del voto del doctor Roncoroni en el precedente de este Tribunal Ac. 95.464, sent. del 27 de junio de 2005, y reconoce que allí "si bien se hace mención al art. 86 inc. 1° del CP, los conceptos son de aplicación, también al inciso 2° del mencionado artículo" (c.f. fs. 62 vta/63).

Luego indicó que sin perjuicio de ello, "encontrándose en riesgo la vida, en este caso de un menor ... corresponde a esta magistrada analizar la cuestión" (fs. cit.). A continuación citó las normas de la Constitución Nacional y local que considera pertinentes y refiere a un párrafo del voto de la minoría en el precedente Ac. 95.464 citado.

En el considerando octavo aclaró que "no hay dudas que la joven... es víctima de un abuso sexual, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra la nueva víctima inocente ... sino con una atención y contención de la joven abusada".

XVI. La Cámara interviniente confirmó a fs. 106/112 el pronunciamiento de origen. Para resolver de ese modo, sostuvo que pese a lo afirmado por la Asesora que representa a la menor L.M.R., "... existe una expresa solicitud por parte de la señora V.A. a los fines que aquí se discuten".

Agregó que "... ponderando que se encuentra controvertido el derecho a la vida, se impone recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda

cobra absoluta prevalencia la Constitución nacional". A continuación, citó los numerosos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos incorporados tras la reforma constitucional de 1994 (art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño), e indicó que tales normas "... revisten entonces operatividad plena por lo que no pueden ser soslayadas en su aplicación, sin incurrir en responsabilidad internacional" (fs. 107 vta/109).

En apoyo de su postura, mencionó el art. 12 de la Carta local que consagra el derecho a la vida desde la concepción y el art. 63 del Código Civil que dispone que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Finalmente, concluyó que la reseña de las normas precedente "... autoriza a sostener que la protección constitucional de la vida... se extiende desde el momento de la concepción a través de todas las etapas que el mismo transita a lo largo de su existencia..." (fs. 109 vta.).

Aunó que no se advertían en el presente caso elementos que permitan sostener la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor que hagan necesaria la producción de pruebas complementarias y, por ende, confirmó el pronunciamiento apelado.

XVII. La asesora de menores que representa a la menor L.M.R. interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

a. Mediante el primero de los recursos (fs. 131/134) denunció la omisión de tratamiento de una cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución provincial, al soslayar el tribunal la aplicación del art. 86, inc. 2° del Código Penal, sin explicitar las razones de tal decisión que "priva a la menor de la autorización legal que dicha norma establece y se la somete a una previa venia judicial... que la ley no exige" (fs. 131).

Al respecto, cuestionó que la sentencia desplazó la operatividad plena del art. 86 inc. 2°, pero no se expidió acerca de la vigencia de la norma ni su constitucionalidad, pese que ello fue materia de recurso ante la alzada.

b. A través del remedio previsto en el recurso de inaplicabilidad de ley (fs. 134/139) señaló que la Cámara vulneró el art. 86 Inc. 2° del Código Penal, pues pese a que la menor reunía los requisitos exigidos por la norma para la realización de un aborto en los

términos de la disposición indicada, el tribunal le negó la posibilidad de realizar un acto permitido por la ley; máxime cuando -según se desprende de las actuaciones- "... nunca se formuló ante autoridad judicial ningún pedido de autorización para abortar... ni puede ser condicionante del actuar médico (art. 19 de la C.N.)" (fs. 134 vta).

Y destacó que el tribunal "... ha tenido por expresamente cumplidos los aludidos recaudos, resultando inexplicable su apartamiento de lo establecido en dicho precepto jurídico cuya vigencia no ha sido desvirtuada en el fallo en crisis" (fs. 135).

También denunció la violación de la doctrina legal elaborada por esta Corte en la causa Ac. 95.464, del 27-VI-2005, en la que se resolvió un caso similar al presente, aunque con un resultado diametralmente opuesto. Agregó, al respecto, que si bien se analizó el inc. 1° del art. 86 del Código Penal, tal criterio puede hacerse extensivo al supuesto de autos, ya que entiende que "... han sido idénticamente valorados por el legislador nacional al incorporarlo en el mismo art. 86 ... que contiene los dos únicos supuestos en los que se despenaliza el aborto, tornándola una conducta permitida y lícita" (fs. 136 vta).

Finalmente, indicó que todas las referencias que hay en dicho precedente relativas al alcance del derecho a la vida son aplicables a estas actuaciones, y señaló que la Cámara no receptó la doctrina legal de esta Suprema Corte, sino que fundó su decisión en la opinión minoritaria.

Por último, hizo reserva del caso federal, y pidió que se disponga la aplicabilidad del art. 86 inc. 2° a fin de eliminar cualquier interferencia en la realización de la práctica médica destinada a interrumpir el embarazo.

XVIII. La asesora de incapaces en representación de la persona por nacer contestó el traslado del memorial de los recursos interpuestos y solicitó el rechazo de ambas impugnaciones y la confirmación de la sentencia recurrida (fs. 168/173).

XIX. La señora Procuradora General, doctora María del Carmen Falbo presentó su dictamen, considerando que asiste razón a la recurrente. Sostuvo la aplicación al caso del art. 86 inc. 2° del Código Penal al que reputó constitucional. Explicó su parecer acerca de que dicha norma debe interpretarse de acuerdo con la doctrina que considera impune el delito de aborto cuando el embarazo que se pretende interrumpir proviene de un ataque a la integridad sexual de la mujer y por último, consideró inexigible la autorización judicial para la interrupción de la gestación en los supuestos contemplados en el artículo citado (fs 151 a 164).

CONSIDERACIONES.

1. Corresponde poner de resalto que tal como ha tramitado el presente expediente, no se ha solicitado autorización judicial alguna para realizar la práctica abortiva, sino que se trató de una interpretación de los funcionarios judiciales intervinientes acerca de que debían adoptar alguna decisión frente a una situación de la cual habían tomado conocimiento. Debemos destacar también, que llega a ésta Corte sin discusión en ambas instancias previas el reconocimiento que estamos ante la situación de una joven violada que padece de un retraso mental.

2. Como surge de los dichos de la señora A. -madre de la joven víctima- en las distintas oportunidades en que fue entrevistada o citada a declarar, ella manifestó su deseo de interrumpir el embarazo de su hija producto de un hecho de violación, con el fin de proteger su salud y dada su incapacidad.

3. También fue escuchada la joven, circunstancia que fue referida por su Asesora, la doctora Ozafrain de Ortiz, el Defensor General, doctor Ozafrain, (quien particularmente desarrolló las acciones necesarias ante los profesionales médicos para proceder de conformidad con los manifiestos requerimientos de la señora A. y su hija) y la jueza de menores, doctora Siro. Además fue entrevistada por la Cámara y por este Tribunal.

4. Si bien este caso no es idéntico al resuelto por esta Corte en el precedente Ac. 95.464, sent. del 27 de junio de 2005, muchas de las consideraciones allí efectuadas resultan aquí útiles y aplicables.

5. El voto del doctor Roncoroni, cuyos argumentos he suscripto, (y al que concurrieron con matices los jueces de Lázzari, Soria, Sal Llargués y Piombo) al tratar el tema de la autorización judicial que en aquella oportunidad había sido expresamente solicitada se expidió con claridad en torno a su innecesariedad. Y se afirmó: **"Es que el art. 86 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena. El artículo supone un acto en el pasado, que es juzgado de acuerdo a la forma en la que efectivamente se llevó a cabo. En el caso se pide a la justicia que diga si acaso un acto futuro, todavía no realizado, se ajusta a tal o cual norma del Código Penal. Que los actos se juzgan una vez cumplidos, es un principio que responde a una de las características definitorias de la tarea judicial, que a diferencia de la legislativa, no evalúa lo que todavía no ha sucedido. Pero además, en el caso de un delito, o de la eventual desincriminación de un acto, la autorización judicial se revela particularmente inadecuada."**

6. Sin perjuicio de los distintos caminos que se siguieron en aquel caso y en el presente para llegar ante estos estrados, nuevamente ha de encontrarse este Tribunal ante la necesidad de adoptar una decisión.

7. Así pues, sobre el punto vinculado a la definición judicial de la cuestión he de insistir en que una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 del Código Penal, sólo puede concluirse que la actuación de los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial (cf. mi voto en el precedente citado). En tal sentido se han expedido amplios sectores de la doctrina (cf., entre otros, Bidart Campos Germán, "Autorización judicial solicitada para abortar", El Derecho, t. 114, p. 183; 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", La Ley, t. 2005-D, p. 664; Donna, Edgardo A., "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160).

8. En otro orden, cabe indicar de modo genérico, tal como afirma la señora Procuradora General, que la decisión atacada ha esquivado la fundamentación que requería la resolución adoptada.

El voto del juez Rezzónico -al que adhirió la jueza Bourimborde- efectuó una enumeración de normas a las que denominó "ordenamiento jurídico aplicable al caso de autos"; debajo de ese título transcribió normas de jerarquía constitucional nacionales y locales, el art. 63 del Código Civil y diversos párrafos del voto de la minoría en el precedente reiteradamente citado (Ac. 95.464) cuya aplicación al caso ya había descartado. Con sustento en el informe médico de fs. 49 consideró que "no se evidencian elementos de valoración que permitan inferir la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor ... y que hagan necesaria la producción de medidas probatorias complementarias". Finalmente dijo: "Sólo resta subrayar que las consideraciones efectuadas precedentemente tornan abstracta toda resolución respecto de los reparos efectuados por la señora Agente Fiscal doctora Sonia Leila Aguilar a la norma del art. 86 inc. 2° del Código Penal" (fs. 111).

Así, el tribunal recurrido no ha reparado en efectuar un adecuado análisis de las circunstancias fácticas existentes en el expediente de acuerdo al encuadre de la situación en la norma invocada por la Asesora de la joven R. (art. 86 del C.P.).

Y ha desplazado inadecuadamente el razonamiento jurídico y el examen de dicha regulación legal vigente -aplicable al caso- pues el único instrumento con el que la Cámara podía soslayar su empleo era -si así lo consideraba- la declaración de inconstitucionalidad. Dicho aspecto no ha sido tratado, a pesar de la solución adoptada, ni se han considerado ausentes en el fallo los recaudos previstos en la ley citada.

No puede pasar desapercibido, por último, que en ese andar signado por la formalidad y despreocupación con la que se ha examinado el caso, la alzada ha estimado necesario responder los reparos constitucionales insinuados contra esa norma posiblemente determinante para decidir -considerándolos abstractos- por quien no resultaba parte en el proceso; aun cuando podía haberse expedido -y debió hacerlo- de acuerdo a los requerimientos de las partes legitimadas.

9. De todos modos, ante la urgencia extrema que reclama la resolución del caso, no cabe, tampoco, detenerse en los serios defectos del pronunciamiento recurrido, sino abordar las cuestiones que posibilitan su definición; ello con arreglo a lo resuelto al tratar la primera cuestión sometida al acuerdo.

10. No desconozco el debate acerca de las aristas que presenta el art. 86 inc. 2º, norma cuyo examen han considerado pertinente las partes. Sin embargo, no advierto que la situación de este caso quede por fuera de los presupuestos de esa regla, sea que se adopte una interpretación amplia de los supuestos comprendidos en el inciso, o ya que se pretenda considerar que sólo un caso de impunidad del aborto ha quedado contemplado en dicha legislación.

11. El art. 86 del Código Penal establece en su segundo párrafo que: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. 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;

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"

Como señalé es un debate histórico si el inciso 2º de esta norma contiene dos supuestos distintos o uno sólo. Es decir, si se prevé por una parte la no punibilidad en el caso de que el embarazo provenga de una violación (llamado por la doctrina aborto "sentimental" o "humanitario"), y por otro se regula el caso de la mujer que haya sido víctima de un atentado al pudor y que presente las incapacidades mencionadas,

(denominado aborto "eugenésico") supuesto en el que se exige consentimiento del representante legal para proceder; o si la ley establece como única causal de exclusión de la punibilidad del aborto al supuesto de una violación de una mujer idiota o demante.

12. Entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977, y Libertad de amar y derecho a morir, Ed. Historia Nueva, 3ª edición, Madrid, 1929, p. 93; Molinaro, Alfredo, Tratado de los delitos, Ed. Tea, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, 1996; Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. III, Ed. Tea, 11ª reimpresión total, Buenos Aires, 2000; Fortán Balestra, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 16ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, p. 82 y ss.; González Roura, Octavio, Derecho Penal. Parte Especial, t. III, Ed. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 38; Ghione, Ernesto V., "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", La Ley, t. 104, p. 777 y ss.; y más actualmente, Bujan, Javier y De Langhe, Marcela, Tratado de los delitos t. I, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 462 y ss.; Tabemero Rodolfo, "El aborto por causas sentimentales", Jurisprudencia Argentina, t. 1990-IV p. 941 y ss.; y finalmente mencionaré a Cuello Calón, Eugenio, Tres temas penales, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, p. 85. En el prólogo de esta obra ha afirmado alejarse de ideas antes sustentadas. Ese autor generalmente habla sido citado entre los adeptos de la tesis restrictiva (v. p. ej. Soler, ob. cit. p. 113 nota 52); sin embargo, la obra que ha servido de apoyo, Cuestiones penales relativas al aborto, Ed. Bosch, Barcelona, fue publicada con anterioridad, en 1931.

13. Por su parte, entre los seguidores de la postura que considera que la norma del inciso 2º se refiere únicamente al aborto llamado históricamente "eugenésico" se encuentran Peco, José, "El aborto en el Código Penal Argentino", Revista Penal Argentina, t. VI, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, p. 185 y ss.; Núñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, t. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 390; Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico", Jurisprudencia Argentina, 1946-IV, p. 22; Daian, Samuel, "Carácter Eugénico del art. 86 inc. 2º del C.P." Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, t. XV, 1944, v. II, p. 373 y ss.

14. Los partidarios de la tesis unitaria han sostenido centralmente los siguientes argumentos:

- a) Si el Código hubiese querido contemplar el caso de aborto de una mujer sana,

cuyo embarazo provenga de una violación –es decir, si hubiese querido distinguir dos supuestos distintos de sujeto pasivo- habría colocado una coma luego de la palabra "violación".

b) Cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido" involucra la interpretación unitaria, pues no podría haber exigido el consentimiento de un representante si la mujer es capaz.

c) Diversas razones vinculadas a la terminología utilizada por el legislador al hablar de "o de un atentado al pudor" y su equiparación con el "abuso deshonesto", según el texto originario del art. 127 del Código Penal.

d) Por último, se ha alegado que las razones que fundamentan el aborto "eugenésico" se encontraban presentes especialmente en la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado y que según sus seguidores resultan razonables, pero no se explican cuáles son los fundamentos que permitirían aceptar la impunidad del aborto sentimental.

15. Para rebatir estas argumentaciones se han formulado sintéticamente las siguientes:

i) Se ha sostenido que este argumento parte de dos errores. El primero de índole gramatical y el otro, sobre la interpretación de la norma que fue utilizada como antecedente por la primera Comisión de Códigos del Senado, el art. 112 del Anteproyecto del Código suizo de 1916.

Por una parte, no resulta necesario agregar una coma para separar dos supuestos cuando se utiliza la conjunción disyuntiva "o". Esta cumple la función gramatical de la coma al separar los dos aspectos de la frase. Una coma en ese lugar no agrega nada al sentido de la oración. Como ha entendido Jiménez de Asúa (cf. obra cit., p. 987), aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van precedidas de ese signo.

De otro lado, en el antecedente originario era indispensable la coma para separar dos de los tres casos que figuraban en el texto suizo. El aborto no era punible "si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto". Como bien se aprecia, en el texto del Anteproyecto suizo había una coma, pero no la conjunción "o". (v. en tal sentido Ghione, obra cit., p. 779)

ii) Con base en el argumento brindado por Jiménez de Asúa, Ghione concluye que

es acertado considerar que la función de la frase final del art. 86 del Código Penal se refiere sólo al consentimiento del representante legal cuando se trata de un atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente. Ello pues, el antecedente suizo estaba obligado a individualizar expresamente "si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido..." porque tal hipótesis en la enumeración precedente era seguida de otros supuestos (mujeres inconcientes, incapaces de resistir, etc.) y no procedía indicar "en este caso". En cambio, en el art. 86 hubiera resultado redundante volver a referirse exactamente al supuesto indicado inmediatamente antes. En palabras de Ghione "hubiera implicado falta de sintaxis" (obra cit., p. 783).

Efectivamente como reconoce este autor, si se sostiene como cierto que el artículo es bivalente (es decir que previó no sólo el aborto "eugenésico", sino también el "sentimental") ha quedado sin contemplar el consentimiento del representante legal cuando la víctima de la violación fuese menor de edad. Sin embargo, y más allá de cualquier consideración respecto de este supuesto, es pertinente indicar que una omisión semejante no aparece como una buena razón para descartar el aborto sentimental, como erróneamente han entendido los partidarios de esa tesis. Claramente, en la misma omisión incurrió la norma antecedente del anteproyecto suizo, a pesar de que ese texto no dejaba margen de dudas sobre la inclusión del aborto en caso de violación (obra y p. cit.).

La expresión "en este caso" también parece beneficiar a los portadores de la tesis amplia, se afirma con razón, pues aun cuando el legislador hubiera establecido otras opciones como "en este último" o "en el segundo caso" (conforme argumentan los preconizadores de la postura univalente), la norma permanecería portando la misma ambivalencia. Mas parece ser que la razón y sentido de la locución ha de encontrarse en el reemplazo de la frase "si la víctima es idiota o enajenada" por motivos estrictamente gramaticales, como fue mencionado (cf. obra cit., p. 785).

iii) Los diversos rodeos que habría hecho el legislador para hablar de "atentado al pudor" en lugar de indicar "abuso deshonesto" no encuentra ningún asidero. Al contrario, el motivo de esa aparición -inédita- en nuestro Código, no es otra que la incontestable copia del Anteproyecto Suizo de 1916 (cf. obra y p. cit.). Así, entonces "... con Soler, Jiménez de Asúa, Ramos y Fontán Balestra, ... cuando en el art. 86 inc. 2º se habla de atentado al pudor, se está previendo la violación de la mujer idiota o demente. Ello porque ése es el sentido que tal expresión poseía en el Anteproyecto ... que nuestro legislador reprodujo literalmente... Al copiar no se advirtió que el "atentado al pudor de mujer idiota o

cemente" está separado, en el derecho suizo, de la violación que llamaríamos propiamente dicha, o sea mediante fuerza ... y que allí se justificaba la doble mención, cestinaca a prever los casos que en nuestro derecho hubieran quedado correctamente incluidos con la sola utilización del vocablo violación" (cf. Ghione, obra cit., p. 786).

iv) Respecto de que las únicas razones que pueden ser consideradas son las que justifican el aborto eugenésico (de acuerdo especialmente con los fundamentos de la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado) correspondería advertir una incoherencia lógica del legislador al dejar impune aquel aborto con fin eugenésico sólo cuando proviene de un acto ilícito. En otras palabras, ¿Por qué si el fin eugenésico era el único al que el legislador prestó atención no ha, en consecuencia, previsto en el código directamente la impunidad del aborto de la mujer falta de razón y ha impuesto como condición de que el embarazo provenga de un delito? O el caso de una violación de idiota o demente sobre una mujer sana? Por cierto, si bien estas omisiones no alcanzan para descartar el fin eugenésico, tampoco resultan de peso para desechar la tesis amplia otras omisiones como la del consentimiento del representante legal en el caso de mujeres menores de edad, o, por ejemplo, la exclusión del estupro prevista en el art. 120 del Código originario (aunque, probablemente concurren otras razones para explicar la exclusión de este último ejemplo, cf. Ghione, obra cit., p. 784).

También han sido descartados estos argumentos, (cf. Ghione, V., obra cit., 781) sobre la base de advertir que la Exposición de Motivos que se ha considerado relevante para fundar una u otra postura ha sido la de la primera Comisión del Senado, cuando ciertamente el art. 86 ha sido producto de la reforma que le efectuó la segunda Comisión, siempre contando con el antecedente suizo -el que sin lugar a dudas- incluía el aborto sentimental.

v) Por último, en esta línea argumental corresponde señalar una razón que se desprende de la propia estructura del art. 86 del Código Penal.

El segundo párrafo de la norma contiene un enunciado general en el que exige el consentimiento de la mujer embarazada (como condición de que el aborto practicado por un médico diplomado quede impune, aspectos que no son relevantes en esta argumentación).

Luego establece los dos incisos en los que ese recaudo deberá verificarse. El primero, es el que regula el caso del aborto terapéutico. El segundo, el que nos ocupa.

Si el consentimiento del representante legal que se especifica en este inciso se refiriera a toda su extensión (es decir, según la tesis restringida al único caso de que el

embarazo proviniera de una "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente") ¿qué sentido cabría asignar, para este inciso, al consentimiento de la mujer embarazada que prevé el enunciado general? Evidentemente ninguno. Por tanto, carecería de sentido que el Código coloque bajo un enunciado general un caso que queda, **a priori**, excluido de la propia regulación. He aquí, entonces, otra buena razón para coincidir con las ya suficientes explicaciones de los adeptos a la tesis amplia.

16. De todas formas, he de agregar que si bien las circunstancias del presente caso han sido encarriladas primordialmente en torno de la aplicación del inciso tratado, las características de una situación de hecho como la que aquí se examina no habría permitido descartar a priori un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio Zaffaroni.

El tema ha sido abordado puntualmente por este autor al sostener que "La justificación del aborto debe abarcarse dentro del *ejercicio del derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico. Conforme nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP... 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". El autor continúa afirmando que "Es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto... la ley vigente -por lo general mal interpretada- es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes que, en definitiva, han debido desembocar en la famosa *indicación médica*, que no es otra cosa que el enunciado genérico del art. 86." (Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 641).

17. También parece advertir la cuestión, aunque sin reparar concretamente en un supuesto como el que aquí se examina Donna, Edgardo, "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160. El autor refiere que "El peligro puede ser tanto para la vida como para la salud de la madre. Vale la pena aclarar que no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc."

18. En reciente fallo (6 junio de 2006), la Corte Suprema de la Nación, consideró el deracho a la salud en su más amplio sentido "... entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia" (cf. Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, que hizo propio la C. S. J. N. en "Y.G.C. c/Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta").

19. Ahora bien. No obstante todo lo expuesto y tal como ya he indicado, de conformidad con los presupuestos fácticos acreditados en el expediente -que no han merecido reparos- en el presente caso no advierto que la discusión doctrinaria acerca de qué supuestos comprende el inc. 2° del art. 86 resulta de trascendencia para decidir. Ello es así, pues considero suficiente a los efectos de revocar la resolución atacada señalar que sea cual fuere la interpretación de las hipótesis contenidas en el art. 86 inc. 2° del Código Penal, ninguno de los recaudos allí exigidos han sido descartados en el fallo que se trae a revisión.

Así, no se ha controvertido eficazmente que L.M.R., de 19 años de edad padece de una deficiencia mental que la coloca en una edad madurativa de ocho años, y que se encuentra embarazada producto de un hecho de violación, denunciado como ocurrido presumiblemente en el ámbito intrafamiliar, por el cual su madre ha instado la acción penal. La joven -quien, al decir de la señora Procuradora General se encontraba ya al momento del hecho en una situación de extrema vulnerabilidad- ha sido escuchada en las distintas instancias judiciales y su madre, junto a la Asesora de la joven, pretenden continuar desarrollando las actividades tendientes a interrumpir el embarazo involuntariamente provocado.

Constitucionalidad del art. 86 inc. 2° del Código Penal.

20. La titular de la Asesoría de Incapaces n° 4, doctora Griselda Margarita Gutiérrez, insinuó en un breve pasaje que el aborto terapéutico y sentimental es inconstitucional pues lesiona la igualdad ante la ley. Más allá de esta genérica referencia, lo cierto es que la infracción ha sido sencillamente enunciada, pero no ha sido acompañada de alguna argumentación plausible que la sustente. Ninguna fundamentación aportó al debate, ni adujo consideraciones que permitan comprender el alcance de tal postura que, por otra parte, no comparto.

Es oportuno poner de resalto que tanto la jueza de la instancia de origen como la Cámara que intervino tras la apelación, no declararon la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2°, sino que se limitaron a citar las normas internacionales y, a continuación, de

manera dogmática se pronunciaron.

No obstante la pobreza de los pronunciamientos que anteceden a la intervención de esta Corte, la trascendencia jurídica y social de la cuestión a decidir, y la aparente contradicción de la norma penal y la Constitución Nacional invocada por los magistrados de las instancias anteriores para resolver la cuestión, toman impostergable el tratamiento de la constitucionalidad y vigencia del mencionado art. 86 inc. 2º, tras la reforma de la Carta Magna.

21. Un breve análisis de la cuestión antecedente, me convence de que la reforma constitucional de 1994 no ha operado una modificación de las normas cuya aplicación se propone. En efecto, basta recordar que con el texto anterior de la Carta Magna, era pacífica la interpretación que entendía que el derecho a la vida encontraba resguardo en el art. 33 como uno de los derechos implícitos que la propia norma reconocía y protegía.

Y es precisamente en ese contexto, que el Código Civil dispuso en el art. 70 que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos...", y además con posterioridad el Código Penal despenalizó el aborto en supuestos como el que nos ocupa, sin que la norma penal haya sido considerada inconstitucional, ni derogada en las distintas reformas que sufrió el citado código.

22. En 1994, los constituyentes incorporaron en el art. 75, inc. 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los que contienen distintas normas referidas a la protección del derecho a la vida, mas no modificaron las pautas de la legislación civil y penal antes reseñadas.

En efecto, señala 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 de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer. De esto inferimos que este instrumento internacional tampoco se opone a una protección eficaz de la vida desde la concepción, que sea alternativa al sendero conminativo" (Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 167 y ss.).

23. El mencionado autor continúa diciendo que "luego de la reforma constitucional ... podemos afirmar: a) que el derecho a la vida fue incorporado expresamente; b) que a partir del momento de la conformación del huevo o cigoto hay vida humana; c) que la vida humana en formación es un valor constitucional que debe ser tutelado; d) que la

protección infraconstitucional debe depararse mediante aquella vía que sea necesaria, eficaz y proporcional; e) que no existe una obligación constitucional de penar el aborto voluntario; f) que el derecho constitucional debe contemplar situaciones de conflicto de valores que generan la imposibilidad del Estado de exigir una conducta determinada" (ob. cit. pág. 206).

24. Sobre este punto cabe destacar la opinión coincidente de Sagüés, quien considera que si un acto se encuentra prohibido por la Constitución, ello no quiere decir, necesariamente que deba ser delito y afirma que "Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto ... En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra es que la violación de esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones en la Constitución, en efecto, que no importan delito" (Sagüés, Néstor, Elementos de derecho constitucional t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 264 y ss.).

También se ha manifestado en sentido similar Gullco al indicar con claridad que "si bien el reconocer la existencia de un bien jurídico... crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales. Es decir, la conveniencia o no de castigar penalmente la realización de un aborto es una cuestión de política legislativa, pero no parece que constituya un problema de índole constitucional" El autor concluye su exposición indicando que aún cuando se acepte que la persona por nacer debe equipararse a la persona nacida -afirmación que para él es incorrecta- "... no se sigue de ello un deber constitucional de sancionar penalmente al aborto" (Gullco, Hernán Víctor, "¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?", Doctrina Penal, Año 11, nº 41 a 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 499 y 500).

25. Asimismo, Gil Domínguez menciona que destacados juristas como Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli y Zaffaroni, no advierten contradicción alguna entre la norma penal analizada (art. 86 del Código Penal) y la Ley Fundamental (ob. Cit. p. 263 y ss.).

26. Debe observarse, además, que los derechos reconocidos por la Constitución no poseen carácter absoluto, sino que admiten una razonable reglamentación (art. 28 de la CN). Entre ellos se encuentran los derechos invocados en la sentencia en crisis. El grado de protección de cada derecho reconocido dependerá, pues, de la decisión legislativa que lo reglamente, la que debe cumplir con tal recaudo de razonabilidad.

Es útil recordar que "El orden jurídico no se diseña ni para santos, ni para héroes,

sino para el ser humano corriente" (cf. Farrel, Diego Martín, La ética del aborto y de la eutanasia, Ed. Abeledo-Perrot, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 20) Y en tal sentido, Donna afirma que "no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes" (cf. Donna, Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 91).

El legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados. De tal modo, no se advierte en la elección legislativa examinada la pretendida irrazonabilidad.

27. Cabe agregar a lo expuesto, que la expresión contenida en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la vida "... estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción", no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación de numerosos Estados que -como el nuestro- habían despenalizado distintos supuestos de aborto.

En referencia a la declaración interpretativa que formuló nuestro país con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, el citado jurista indicó que ella "... no puede ser admitida como reserva, es una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades que rige en el ámbito interno con jerarquía constitucional. Por lo tanto, no obliga al Estado argentino a penalizar el aborto voluntario" (ob. Cit., pág. 293).

Sobre este punto resulta clara la opinión de Juan Méndez quien sostiene que la CADH "... tiene una norma que ... ha dado mucho trabajo que es aquella que dice que el derecho a la vida se protege en general desde la concepción; muchos han interpretado esto como una prohibición del aborto. ... Sin embargo, se debe tener en cuenta que respecto de este tema ya hubo una decisión en el caso conocido como Baby Boy, denunciado ante la Comisión Interamericana por el movimiento antiabortista norteamericano. Los peticionarios argumentaron que Estados Unidos firmó la Convención -aunque aún no la había ratificado- y por ello no podía hacer nada que contraríe al objeto y fin del tratado; el aborto, según los peticionarios, constituía una violación al derecho a la vida protegido en el artículo 4. En un voto dividido, la Comisión Interamericana dijo que la frase que la vida "se protege en general desde la concepción", no prohíbe el aborto de por sí, sino que eso se refiere a formas de protección de la salud materno infantil desde el momento de la concepción y no necesariamente se dirige a prohibir el aborto." (Méndez, Juan "Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de la Niñez" Disponible en:

[http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc\\_iidh\\_proteccion/sininez.htm#\\_ftnref1](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_proteccion/sininez.htm#_ftnref1)).

28. Finalmente, como ya he expresado aquí y tal como sostuve al votar en la causa Ac. 95.464 citada, corresponde insistir en que son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el art. 86, inc. 2º, así como la autorización informada de la representante de la mujer embarazada, deben adoptar las medidas aconsejadas de conformidad con las reglas del arte de curar, sin necesidad de autorización judicial previa.

Y sobre este punto he de recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 28 PIDCyP) ha manifestado su preocupación acerca de "que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite" y ha recomendado al Estado Argentino que "en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención" (Comité de Derechos Humanos, "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000", CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, pág. 14.)

29. Por todo lo expuesto, en coincidencia con el dictamen de la señora Procuradora General, propongo:

1ª. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido en la presentación de fs. 131/139 y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia recurrida.

2ª. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2 del Código Penal.

3ª. Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L.M. R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar.

4ª. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L.M.R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas.

5ª. Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.

Voto, entonces, por la **afirmativa**.

Fallo de la Suprema Corte de Mendoza sobre el caso C.C.A.

**C., S. M. y otros. v. sin demandado p/ac. de amparo s/per saltum**

**Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª**

Mendoza, 22 de agosto de 2006

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Que a fs. 1/3 vta. la señora A. R. G., en su carácter de madre y curadora definitiva de C. C. A., solicita que este Tribunal se avoque al conocimiento de los autos N° 2009/6-1F y sus acumulados, en razón de verificarse una situación de gravedad institucional que torna procedente la máxima instancia judicial provincial. Afirma que su hija padece oligofrenia, síndrome de Lennox-Gastaut y epilepsia en mérito a lo cual fue declarada incapaz; que fue víctima de un abuso sexual a raíz del cual quedó embarazada; que con la intención de ejercer el derecho que contempla el art. 86 del C.P. solicitó al Hospital Militar la interrupción del embarazo, no sólo por verificarse una violación "contra una mujer idiota o cemente", sino también por encontrarse en grave peligro su vida; que al no recibir respuesta favorable, interpuso medida autosatisfactiva por ante el 1° Juzgado de Familia, que entendió que su hija se encuentra "prima facie" comprendida por el art. 86, inc. 1 del C.P., y que la aplicación de dicha norma no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir a criterio de los médicos; que frente a ello, el ofrecimiento del Ministerio de Salud y la tácita negativa del Hospital Militar, acudió al Hospital Laggomaggiore, donde prestó el consentimiento informado para interrumpir el embarazo de su hija, informándosele que el día lunes 21 del corriente se practicaría el aborto; que al concurrir a internarla ese día, el jefe de guardia le informó que no realizaría la práctica médica porque la justicia había dispuesto una medida de no innovar que la impedía; medida accesorio a una acción de amparo actualmente radicada en el Segundo Juzgado de Familia.

Alega la procedencia del per saltum en razón de verificarse en el ocurrente uno de los supuestos que, según la jurisprudencia de la Corte Federal, lo autorizan, éstas son la urgencia y la gravedad institucional. En efecto, de continuar el trámite normal y ordinario de los sucesivos recursos procesales, tal como ocurrió en el precedente de la Suprema

Corte de Justicia de Buenos Aires, el eventual pronunciamiento llegaría tarde, cuando el avance del embarazo torne abstracto su derecho como representante legal, por resultar imposible su ejercicio. A su vez, la gravedad institucional se verifica en tanto, contando con un pronunciamiento judicial firme y con la acción oficial a favor de la interrupción del embarazo, repentinamente y en día inhábiles, organismos no gubernamentales encuentran eco en el Poder Judicial para frenar el ejercicio de su derecho.

Solicita finalmente por esta vía que se rechace la acción de amparo y se deje sin efecto la medida cautelar interpuesta contra la resolución judicial recaída en los autos N° 1913/6 del 18 de agosto de 2006.

#### I. Calificación del recurso deducido

1. La recurrente califica al recurso deducido como "per saltum".
2. Corresponde al tribunal recalificar la pretensión deducida.

En efecto, la 2° Cámara de Apelaciones, en decisión del 20/8/2006, recaída en autos n° 2009/6/1F "C., S. M y otros c/Sin demandado p/ Acción de Amparo", decidió:

"1. Hacer lugar al recurso de apelación planteado por la actora a fs. 70/78 contra la última parte del dispositivo IV de la resolución de fs. 52/53, la que se sustituye por la admisión de la medida precautoria solicitada a fs. 50. 2. Admitir la contracautela ofrecida, la que deberá constituirse por la suma de CINCUENTA MIL PESOS (\$ 50.000), previo al cumplimiento de lo ordenado. 3. Fecho, ofíciase conforme se solicita a fs. 50 ordenando a los requeridos y al Sr. Director del Hospital Lagomaggiore, que se abstengan de practicar la interrupción del embarazo de la Srta. C. C. A., hasta tanto haya pronunciamiento definitivo en la acción de amparo".

3. Lo decidido implica que la cuestión planteada ha pasado por la segunda instancia, especialmente porque la Cámara de Apelaciones, mediante resolución del 19 de agosto de 2.006, dictada en ese mismo expediente, hizo lugar a la recusación deducida contra el juez titular del 1° Juzgado de Familia y mandó intervenir al 2° Juzgado de Familia, todo lo cual presupone, fáctica y estratégicamente, privar de efectos inmediatos a la decisión dictada por el titular del 1° Juzgado el día 18 de Agosto que había resuelto:

I. Declarar que la situación jurídica de C. C. A., se encuentra comprendida, prima facie, y con el grado de certeza permitido por este proceso breve, por el art.86 inc.2 del Código Penal, y que puede estar comprendida en el inc.1 del mismo artículo, si los médicos determinan que existe un riesgo grave para la vida de la gestante que no puede ser evitado por otros medios.

II. Declarar que la aplicación del art.86 incs. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar. Se les hace saber que en caso de practicar el aborto, deberán comunicarlo a la Unidad Fiscal Departamental de Maipú, o en su caso, en caso de urgencia al Cuerpo Médico Forense, a fin de coordinar con dicho organismo la preservación de elementos probatorios para un futuro cotejo de ADN con quien resulte imputado.

III. Exhortar al Poder Ejecutivo Provincial a fin de que, por intermedio de sus efectores públicos, brinde a C. C. A. todas las prestaciones que resulten necesarias para asegurar su salud, disponiendo las medidas y tratamientos que resulten convenientes y necesarios a tales fines; como así todo lo que resulte conducente para el goce efectivo de sus derechos en las condiciones establecidas por la ley en sentido amplio.\*

4. Está claro, pues, que aunque formalmente la decisión del 20/8/2006 de la Cámara de Apelaciones versa, exclusivamente, sobre la cautelar solicitada, lo cierto es que la urgencia y la naturaleza de la precautoria solicitada supuso, en los hechos, pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

5. Por lo tanto, debe entenderse que la jurisdicción de esta Corte no se ha abierto por una vía no prevista en el código procesal sino por los canales extraordinarios, pero habituales, del código procesal civil.

II. Consecuencias. Vía procesal deducida.

La única titular del derecho (la incapaz) no fue parte en los procedimientos tramitados ante la 2° Cámara de Apelaciones. Esta situación procesal implica que sea ésta la única

vía para peticionar la confirmatoria de lo resuelto por el juez titular del 1° Juzgado de Familia

III. Legitimación activa de los peticionantes de la cautelar.

La resolución de la Cámara de Apelaciones que acoge la cautelar omite toda consideración sobre la legitimación activa. Sin embargo, es criterio de esta Sala, en seguimiento de la jurisprudencia reiterada y constante del país, que la ausencia de legitimación debe ser declarada oficiosamente, aún cuando no se la hubiere opuesto ya sea como excepción o como defensa de fondo (LS 225-34; 254-127).

En ambos expedientes (el iniciado por la representante legal de la incapaz embarazada, y el amparo) no están en juego intereses de incidencia colectiva. Por el contrario, lo discutible es el derecho de una persona (la incapaz embarazada) a ejercer (a través de su representante legal) las facultades que se estiman concedidas, individualmente, por el ordenamiento positivo argentino (Código Penal y Constitución Nacional).

Tengo pues, en claro, que ni VITAM Asociación Civil sin fines de lucro, ni S. Cano, ni ninguna otra persona ajena a la intervención médica requerida, está legitimada para recusar al tribunal ni, mucho menos, para plantear la suspensión de la interrupción ordenada por un tribunal competente en el ámbito de sus funciones específicas.

Por todo lo expuesto, se

**RESUELVE:**

1. Dejar sin efecto las resoluciones dictadas por la 2° Cámara de Apelaciones los días 18/8/2006 y 20/8/2006 a las que se ha hecho mención en los considerandos de esta resolución.

2. En consecuencia, declarar que está firme y es ejecutable la decisión dictada por el Sr. Juez titular del 1° Juzgado de Familia mencionada en los considerandos.

Notifíquese.

Aida Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano.



Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro sobre el caso F.N.M.

**/// 9 de junio de 2009.-**

----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor Hugo SODERO NIEVAS, Luis LUTZ y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: ""M. G. L. s/ACCION DE AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° 23772/09-STJ), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.-----

-----**V O T A C I O N**-----**El señor Juez doctor Víctor Hugo**

**SODERO NIEVAS dijo:**----Llegan las presentes actuaciones en virtud de la concesión obrante a fs. 64 del recurso de apelación, interpuesto a fs. 56/63 por la Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Teresa B. Molaro, contra la sentencia N° 17 de fecha 18-05-09, obrante a fs. 28/55, de la Cámara del Crimen (Sala "B") de la la. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de Viedma, que hizo lugar -por mayoría- a la acción de amparo interpuesta por los padres de la menor F.N.M. y autorizó la interrupción del embarazo que cursaba la niña, en el Hospital Zatti bajo responsabilidad del Director del mismo y con la asistencia del Cuerpo Médico Forense; atento a que se trataba de un embarazo no voluntario y proveniente de un delito de abuso sexual previsto en el Código Penal.-----

----Entre otras consideraciones, el votante en primer término consideró que la gestación de la niña tiene origen en un acto de abuso sexual --violación- del que ha sido víctima. Agrega que ese acto fue realizado en contra de su voluntad, por lo que ha violentado su dignidad personal, su integridad física, moral e intimidad personal, más allá de la autoría del ilícito, la que no se analiza ni se hace referencia alguna por no ser necesario para el pronunciamiento. Des:aca que la niña, por su edad y conforme el imperativo legal, no estaba en condiciones, al momento de la gestación, de prestar su libre consentimiento para el acto sexual, por su minoridad y ello configura el delito de abuso sexual (violación), sin que importe quién lo cometió, ni se necesite una declaración judicial al respecto. Y agrega que en los supuestos de abortos impunes regulados por el ar. 86 del Cód. Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación en tanto, no hay en la citada norma ningún vacío que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta. (voto del Dr.

Genoud – SC Buenos Aires, 31/07/2006, "R., L. M., La Ley Online ).-----

El segundo votante advirtió que el Director del Hospital A. Zatti, en la audiencia convocada por el Tribunal para debatir la cuestión, afirmó que era necesaria la venia judicial para realizar la práctica, entendiendo que ello se presenta como una evidente negativa tácita de la institución, y hacía necesario otorgar la autorización, aún cuando estimó que nunca debió llegar a la justicia porque la cuestión se encuadra en el art. 85 segundo párrafo incisos 1 y 2 del Código Penal, más cuando en el caso no ha mediado ninguna "objección de conciencia" por parte del área de ginecología, según también lo afirmara el mismo funcionario.-----

----Por su parte, el Dr. Francisco CERDERA, si bien vota en disidencia, entre otros argumentos, ha señalado también que en los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del Código Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica.-----

----La apelante, representante del nasciturus, considera que bajo ningún concepto puede avalarse el decisorio de la Cámara y solicita que el mismo se deje sin efecto. Señala que resulta innecesario el pedido de autorización planteado atento que el art. 86 Inc. 1 y 2 del Código Penal, no contempla el derecho del aborto "ex ante", que se trata de una situación especial no reglada por ninguna norma expresa que regule el trámite peticionado.-----

----Asimismo, agrega que el pronunciamiento ha viciado la protección constitucional del nasciturus y la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida en el sistema legal vigente. Sostiene que el derecho a la inviolabilidad de la vida se encuentra en rango superior al resto de los derechos y que el principio "pro homini", debe aplicarse a los casos de protección del nasciturus, según las mandas constitucionales referenciadas.-----

----A fs.71/73, de la Sra. Defensora de Menores, Dra. Patricia Arias (en representación promiscua de la niña), considera que el fallo de la Cámara aplicó correctamente el derecho que hizo mérito de la interpretación del art. 86 en su acepción amplia. Destaca que no es necesaria la autorización judicial para llevar a cabo la práctica descrita en los inc. 1 y 2 del art. 86 del CP. Agrega que en el caso, la urgencia planteada hizo necesario que el juez autorizara la práctica. Señala que existen diferentes grados de protección de la vida humana. En el caso, destaca que se encontraba en riesgo la fragilidad estructural agravada por el hecho traumático de la violación -a los 12 años- y que la niña "ha ejercido su derecho a ser oída ante este Ministerio expresando claramente su voluntad de no

seguir adelante con el embarazo".-----

---Por último, advierte que el planteo formulado en la apelación deviene abstracto por cuanto los tiempos judiciales deben adaptarse a los tiempos vitales y la resolución que se apela ya ha sido ejecutada.-----A fs. 74/75 han sido glosadas las contestaciones de agravios por parte de los amparistas peticionando el rechazo de la apelación intercedida. Sostienen que hasta tanto no existió la autorización, en el Hospital no se quiso realizar la práctica. Alegan que se concretó la práctica una vez autorizada por la sentencia que aquí se impugna.-----

---A fs. 76/84 la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Adriana Zaratiegui comparte lo decidido por el Tribunal a quo en mayoría, al entender que la cuestión traída encuadra tanto en el inc 1 cuanto en el inc. 2 del art. 86 del Código Penal. Destaca que cuando se habla de salud en el art. 86 inc. 1º abarca tanto la física como la psíquica –conforme definición de la OMS-, es decir es el derecho a la salud integral, siendo que en el supuesto de autos la continuidad del embarazo compromete especialmente la salud psíquica de la menor. Asimismo, señala que el supuesto también encuadra en el art. 86 inc. 2 por ser el embarazo cuya interrupción se solicita, consecuencia de una violación, respecto de lo cual –entiende- que ninguna duda cabe en atención a la edad de la menor al momento de quedar embarazada -12 años-, participando al respecto de lo que en doctrina se ha dado en llamar "postura amplia".-----

---En cuanto a la autorización, sostiene que no se trata de una venia judicial que la ley no prevé; considera que resulta recomendable que se instrumenten los Comités de Bioética en los distintos hospitales de la Provincia a fin de que los médicos puedan, en casos como el de autos, acudir a su consulta de manera de obtener un asesoramiento adecuado, un respaldo necesario a la hora de adoptar este tipo de decisiones.-----

---Agrega que si bien los Pactos Internacionales protegen la persona humana desde el momento de la concepción, ello no lleva a considerar que el art. 86 inc. 1 y 2 sea inconstitucional y por ende inaplicable. Concluye que de la interpretación armónica y funcional de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales surge que se debe resguardar la vida humana desde la concepción, más tal postulado admite excepciones ante circunstancias particulares como la de autos, expresamente contempladas por el legislador penal, cuando está en peligro la salud psíquica y mental de una menor violada y embarazada.-----

---La Sra. Procuradora General de la Provincia de Río Negro, Dra. Liliana Laura

Piccinini, a fs. 96/105 dictamina que la práctica médica ya ha sido realizada; de allí que - ante el caso apelado- cabría declarar abstracta la cuestión sometida a estudio y decisión, puesto que clara e inveteradamente ha sostenido este STJ que sólo puede someterse a su consideración un caso concreto y no una cuestión que ha devenido abstracta, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de su decisión. Sin embargo, señala que la delicada situación en tratamiento, aún cuando el resultado no pueda ser revertido mediante un decisorio posterior, merece -a su entender- el pronunciamiento del Tribunal. Estima procedente que se subraye la necesidad de contar con la estructura necesaria para dar cobertura al tratamiento de estas especiales situaciones, poniendo a resguardo la salud de la población y viabilizando correctamente la actividad médica de acuerdo a las normas de bioética. De modo tal que no sea necesario acudir a la Jurisdicción, pues no habrá negativa y tampoco temor de criminalización, en tanto el curso de las cosas se provea y realice conforme lo marca la ley- - - - - Enfatiza que el profesional médico no necesita, ni está prevista, la autorización judicial para realizar la práctica médica, como también es cierto que la negativa infundada o arbitraria, habilita a solicitar la orden judicial para que se proceda a ello. - - - - -

----Agrega que en punto al segundo agravio, mediante el cual achaca a la sentencia el vicio de violación de la protección constitucional del nasciturus y la trascendencia del derecho a la vida, ha sido expuesto a modo de discurso aislado, sin señalar los puntos de la sentencia que dejan traslucir la ausencia de ponderación y balanceo de los derechos en conflicto. Con la sola invocación del derecho supranacional en protección de los derechos de su representado (el por nacer), siendo el agravio insuficiente. - - - - -

----Indica que en nuestro país, el Legislador a efectos de no violar el derecho a la vida optó por un sistema de indicaciones (no de plazos) para regular los casos en los que el aborto no será punible. A la regla general de punibilidad del aborto se agregan excepciones por las cuales el Estado decide no castigar la práctica abortiva (aborto con indicación eugenésica o indicación criminológica). - - - - -

----Por ello, considera que el intento recursivo de la Sra. Defensora de Menores en representación del nasciturus, a su juicio, no tiene chances de prosperar, propiciando la confirmación del fallo en crisis. - - - - -

----Ello pone en evidencia que la titular del Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y de los Menores, Pobres y Ausentes dictamina jerárquicamente en contra de los fundamentos de los agravios dados por la Defensora de Menores e Incapaces, el que se tiene debidamente en cuenta atento el principio de jerarquía y unidad de acción, y además,

porque corresponde a la Procuradora General impartir (cf. art. 215 de la Constitución Provincial y art. 11 inc. a de la ley K 4199) instrucciones generales lo que a nuestro entender correspondería en este caso hacer atento a la implicancia del dictamen y el pronunciamiento sobre casos futuros.-----

---**CARÁCTER ABSTRACTO DE LA CUESTIÓN RECURRIDA**-----Pues bien, pasando a entender en el recuso interpuesto en autos, se advierte, como lo señala la Sra. Procuradora General, que conforme se estableciera fehacientemente, la práctica médica ya ha sido realizada, conforme constancias obrantes a fs.87 y 94, sumado a lo manifestado por los amparistas a fs. 75, y la certificación de Secretaría de fecha 3 de junio de 2009, donde consta que el Cuerpo Médico Forense ha informado que la práctica médica del aborto fue llevado a cabo el 20 de mayo a las 19 horas.-----Por ello, corresponde aplicar la Doctrina Legal sentada por este tribunal, en cuanto cabe declarar abstracta la cuestión sometida a estudio y decisión (in re: "J.B.S., P.M.A. y C.A. s/ Mandamus" 21-04-08; " B.L." sent.23/00; "CHAER",sent.5/99; "Pérez" sent.38/89; "Unter" SENT.43/90;"D.V." sent.7/91), puesto que sólo puede someterse a su consideración un caso concreto y no una cuestión que ha devenido abstracta, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de su decisión.-----

---Efectivamente, tal como surge de autos, el día 22 de mayo de 2009, compareció ante la Secretaría de trámite el Dr. Gonzalo TOUNDAIAN, Director del Hospital Área Programa Viedma, donde ratifica lo manifestado a fs. 87 en cuanto se ha efectivizado la medida dispuesta mediante sentencia de fecha 10 de mayo de 2009, agregando que las prácticas se han realizado sin que surgieran complicaciones clínicas, habiendo sido externada la paciente, realizándose su seguimiento por consultorios del Hospital a su cargo. Concluye que a fin de realizar las prácticas se ha actuado en conjunto con el Cuerpo Médico Forense.-----

---Por ello, y tal como se ha señalado, cabe la aplicación de la doctrina legal de este Tribunal mediante la cual sostiene que cualquier pronunciamiento al respecto tendría carácter simplemente abstracto, carente de todo interés y finalidad práctica.-----

---**OBITER DICTUM:**-----

---No existe en el recurso interpuesto en autos ningún agravio que además merezca un pronunciamiento o que ponga a consideración del Tribunal la duda sobre el encuadramiento en el plano fáctico y jurídico (tal como lo señala la Sra. Procuradora General) ya que si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un

médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada, no es punible.-----Ergo, la conducta de los médicos intervinientes, de la víctima y de sus padres no pueden merecer reproche penal alguno.-----

----En síntesis, el caso, por su notoria claridad no da lugar a esta altura del pronunciamiento a ninguna otra consideración posible ya que el Superior Tribunal de Justicia no puede originarse en un órgano o "Tribunal de consulta" y decide las controversias que se le plantean puntualmente, siendo la norma del art. 86 inc. 2º del Código Penal (subtipo violación) operativa, sin necesidad de que ningún Juez lo declare.-----

-----En cuanto a la recomendación que formula la Sra. Procuradora General en punto a la formación del Comité de Bioética en el Hospital público, corresponderá canalizar dicha recomendación a la autoridad administrativa competente.--

----Por ello, corresponderá declarar abstracta la cuestión propuesta al tribunal mediante el presente recurso de apelación. **MI VOTO**-----

----**El señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:**-----

----**Adhiero** al voto del Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS que antecede, puntualmente en la declaración de "abstracta" de la cuestión, y respecto al carácter jurisdiccional y "no consultivo" de los pronunciamientos del Superior Tribunal de Justicia. **MI VOTO**.

-----**El señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:** - -

----En primer lugar corresponde tener presente el carácter abstracto de la cuestión venida en recurso de apelación. - - ----No porque se haya efectivizado la medida dispuesta mediante sentencia de fecha 18 de mayo de 2009 (cf. constancias de autos, acta del día 22 de mayo de 2009, donde Dr. Gonzalo TOUNDAIAN, Director del Hospital Área Programa Viedma, ratificó lo manifestado a fs. 87, en punto a la realización del aborto), sino por cuanto estamos en presencia de un embarazo originado en una violación, y en tales condiciones el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada, no es punible.-----

----Efectivamente, la hija de quienes han iniciado la demanda de amparo ha nacido el 19 de marzo de 1996 (cf. certificado de nacimiento de fs. 1), se ha constatado su embarazo de 12 semanas (certificado de fs. 3, del 7/5/09), habiéndose producido la violación cuando la misma contaba con 12 años de edad. En tal sentido, el artículo 119 del Código Penal establece, entre otros supuestos, que será reprimido (con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años) el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando,

ésta fuera menor de trece años.-----

---Respecto al consentimiento de sus padres, son precisamente ellos quienes han interpuesto la demanda de autos (cf.fs. 8/10).-

---En los supuestos de abortos impuros regulados por el art. 86 del Código Feral no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación. Efectivamente, no existe en la citada norma disposición que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta. En resumidas cuentas, la ley no prevé una venia judicial para ello.-----

---En el derecho positivo argentino el aborto constituye un delito. Sin embargo, la vida de la persona por nacer puede en algunos casos ser suprimida sin que dicha conducta resulte punible. No se trata de que la ley aliente esas prácticas, sino que sólo las tolera excepcionalmente si se dan ciertas exigencias, efectuando un balance de valores.-----

--

---Esto es así, puesto que los bienes o valores insitos en las normas no son todas iguales, no están en pie de igualdad como las normas, sino que se ordenan dentro de una escala de mayor a menor. Acudiendo a la realidad de esos bienes y valores hay que armonizar correlacionadamente las normas declarativas de derechos y llevar a cabo interpretaciones valorativas que den preferencia a los bienes y valores superiores cuando se presentan situaciones de conflicto o de confrontación" ("Principios de Derechos Humanos y Garantías". Bicart Campos y Herrendorf, pág. 141/142). Siempre que existen diversos valores en juego debe procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo (cf. voto del Dr. Pettigiani, Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. en causa "B. A. s/autorización judicial" del 22/06/01, Jurisprudencia Argentina, 2001-IV-389).-----

---En casos como el presente cabe recordar a Germán Bidart Campos, quien ha sostenido que "o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente penalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal, o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir... Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil, el segundo, por imposibilidad jurídica" ("Autorización judicial solicitada para abortar", nota a fallo, FI

Derecho, 114-183). ---El Código Penal, luego de indicar las penas que corresponden a los profesionales de la salud que intervengan en prácticas abortivas, establece en su art. 86: El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. 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. 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. Respecto a esta última previsión, se ha dicho que "ha generado, especialmente en el pasado, honcas polémicas y discusiones respecto a su alcance. Así, una corriente que podemos llamar amplia sostuvo que comprendía también al embarazo producto de cualquier violación, incluso la que tuviera como sujeto pasivo a una mujer normal (Ramos, Jiménez de Asúa, Molinario, Soler, Fontán Balestra, Ghione, más recientemente Donna). Por el contrario, otra postura, que podríamos syndicar como restringida entendió que la exculpación sólo regia para el caso de mujer idiota o demente (Peco, Núñez, López Lastra, Marcelo Finzi; ahora Creus, Breglia Arias y Gauna; cf. Acción de amparo resuelta el 24 de noviembre de 2003 por el Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca, a cargo del Dr. José Luis Ares). - - - - - En el caso de la violación de una mujer normal es lo que se conoce como aborto sentimental; mientras que el de la mujer que padece alguna patología mental es el conocido como eugenésico, que según Núñez tenía por finalidad en el pasado el perfeccionamiento de la raza (Tratado, tomo I, pág. 390). Soler, en "Derecho Penal Argentino", tomo III, págs. 111 y ss. expuso que el legislador procedió en el punto con superficialidad y ligereza; que la comisión del Senado se basó en la versión francesa de un proyecto suizo, y que el problema surgió con algunos nombres técnicos en idioma francés y alemán, y su traducción. - - - - - ---Se ha interpretado que era más propicio no considerar que se estaba ante casos de impuridad sino en presencia de verdaderas causas de justificación. "En verdad se trata de un precepto superfluo, puesto que, acreditado que el aborto terapéutico es un caso de necesidad justificada, entra dentro de la correcta fórmula del Código de 1922, que figura como inciso tercero del art. 34. Soler replica que en realidad este artículo exige más requisitos que los exigidos por el art. 34, inc. 3, pues impone que quien practique el aborto sea un médico y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. Cataloga a la crítica como precipitada ya que el equívoco se genera por identificar la hipótesis del art. 86 con la del art. 34, inc. 3°. Señala que para que funcione la hipótesis del art. 34, inc. 3°, y no sólo para los médicos, sino para una partera también o para otro sujeto, se requieren,

pues, condiciones objetivas muy distintas a las de la tranquila consulta contemplada por el art. 86" (cf. SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", t. III, ps. 105/06, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970). Por otra parte en el caso en concreto se requiere el consentimiento de la mujer encinta "En este caso, se trata precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por el interés social. Hallándose la madre en circunstancias de excepción puede aportar su consentimiento, aplicándose en consecuencia los principios del estado de necesidad y del conflicto entre dos vías. Pero no siendo esa situación, es lógico que el aborto practicado en frío reúna los extremos prudentemente fijados por la ley" (Soler, ob. cit., p. 106). -----

-----Dentro del capítulo XIX "Causas de justificación" en el subtítulo "Estado de necesidad y otras justificaciones", Zaffaroni, Slokar y Alagia exponen que: "La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico. Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1° del segundo párrafo del art. 86 del Código Penal, 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." (ZAFFARONI, Eugenio R., SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro "Derecho Penal. Parte general", p. 841, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003). -----Expuestas estas consideraciones, concluyo reiterando que en los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del Código Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación, por cuanto no existe en la citada norma indicación que permita inferir que un juez deba autorizar o prohibir la conducta descripta -criterio expuesto en el presente por la generalidad de los magistrados y funcionarios que han intervenido en autos- siendo que de modo alguno cabe una interpretación en sentido contrario. **MIVOTO**.-----

-----Por ello:

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA**

**RESUELVE:**

**Primero:** Declarar que la cuestión venida en apelación ha devenido abstracta, por las

expresas razones dadas en los considerandos y que el Superior Tribunal de Justicia no puede erigirse en un órgano o "Tribunal de consulta".- - - - - **Segundo:** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase al Tribunal de origen.-----

**Fdo.:VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ LUIS LUTZ JUEZ ALBERTO I. BALLADINI JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

**PROTOCOLIZACION: T° II Se. 48 F° 426/438 - Sec. N° 4**

Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro sobre el caso T.N.

**Numero expediente** 24619/10

**Carátula** N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones S/ CASACIÓN

**Fecha** 11/05/2011

**Número de sentencia** 43

**Tipo de sentencia** DF

**Sentencia**

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24619/10 STJ

SENTENCIA Nº: 43

PROCESADO:

DELITO:

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (INC. SOLICITUD INTERRUPCIÓN EMBARAZO)

VOCES:

FECHA: 11/05/11

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN  
//MA, de mayo de 2011.

---- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Alberto Ítalo Ballardini y Luis Lutz, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: "N., R.F. s/Abuso sexual s/ Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/ Apelaciones s/Casación" (Expte.Nº 24619/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-

C U E S T I Ó N

---- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:-----1.- Antecedentes

procesales:-----1.1.- Mediante Auto Interlocutorio N° 103, del 14 de abril de 2010, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche decidió -en lo pertinente- declarar la nulidad de la resolución impugnada, obrante a fs. 81/100 de estos actuados, por violación de garantías constitucionales (arts. 18 C.Nac., 22 C.Prov. y 149 y 153 C.P.P.) y notificar lo dispuesto a la señora Ministra de Salud de Río Negro y a la señora Directora del Hospital Zonal de aquella localidad. ----1.2.- Contra lo decidido, el señor Defensor de Menores e Incapaces de la IIIª Circunscripción Judicial doctor Manuel Cafferata, en ejercicio de la representación //2.- promiscua de la niña T.N., solicitante de la interrupción de embarazo, interpone recurso de casación (fs. 1/6) y se agravia pues la Cámara en lo Criminal decreta la nulidad de la sentencia del Juez de Instrucción, pese a reconocer que el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Paula Bisogni (en representación promiscua del nasciturus -ver fs. 105-) había devenido abstracto. Sostiene que tal obstáculo no puede ser sorteado por el eventual incumplimiento de normas constitucionales, puesto que la nulidad solo puede declararse cuando ello tiene relevancia jurídica. Cita como precedente la Sentencia 48/09 STJRNCO. y alega que la decisión de la Cámara en lo Criminal ocasiona un grave perjuicio a su asistida, que sigue sufriendo las consecuencias de la judicialización y la publicidad de su caso, cuando las cuestiones contempladas por el art. 86 del Código Penal no necesitan ser sometidas a decisión jurisdiccional.- - - - - Asimismo, afirma que se incurre en un exceso pues la sentencia se pronuncia sobre la inaplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º del código de fondo, y de los elementos de prueba que permitan tener por demostradas las circunstancias previstas en su inc. 1º, lo que conlleva una atribución indirecta de responsabilidad delictual a su pupila, lo que no integraba la materia de juzgamiento en el caso.- - - - - Reseña luego el perjuicio que sufre la menor ante la publicidad excesiva de lo ocurrido y advierte sobre algunas consideraciones del voto ponente en cuanto a que no se aplicó el derecho positivo vigente en relación con los //3.- abortos no punibles y acerca de la inexistencia de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada. Más grave aun le parece lo sostenido por el segundo de los votantes, quien funda su decisión en la necesidad de "evitar que en el futuro se produzcan situaciones semejantes... permitir que se instale la opinión del A-quo sería ni más ni menos que legalizar encubiertamente el aborto", lo que no se ajusta a las circunstancias de la causa. Por todo lo expuesto, solicita que se deje sin efecto la decisión impugnada.- - - - - 1.3.- El recurso es declarado admisible por el a quo y

por este Tribunal, por lo que se dispone que el expediente quede por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa, el que queda limitado al recurso presentado por el doctor Cafferata con respecto a la menor T.N., en tanto la doctora Bisogni, representante del nasciturus, no comparece a contestar agravios ni se habilita a este Cuerpo a conocer en esta instancia de legalidad: ello dado lo manifestado por la señora Defensora General, según la cual el único interés jurídico que debe protegerse es el de la madre menor de edad víctima del delito, tal como se referirá infra.-----1.4.- A fs. 49/87 se agrega el dictamen de la señora Defensora General, quien advierte que los límites de su intervención están dados por la representación del interés de T.N. -pupila del recurrente-, con cuyo recurso coincide. ---- En tal sentido, aduce que la sentencia cuestionada no se ajusta al derecho vigente, además de que incurre en un supuesto de gravedad institucional. Refiere que el Estado //4 - Constitucional de Derecho impone una serie de derechos que emergen directamente y de modo operativo de la Constitución, y cita el marco normativo constitucional, convencional y legal. Señala además diversas recomendaciones de comités de derechos humanos y del niño respecto de las legislaciones restrictivas sobre el aborto o interrupciones de embarazos, así como de la necesidad de que se adopte una guía técnica para la atención de abortos no punibles que se caracterice por la no-judicialización, la favorabilidad, la justicia, la autonomía, la beneficencia, la no-maleficencia, la confidencialidad y privacidad, la integralidad, la oportunidad y celeridad, la continuidad, la seguridad y la solidaridad.----- Explica a continuación que el principio de no-judicialización establece la competencia exclusiva de los médicos tratantes para decidir si el acceso se encuadra en las previsiones de no-punibilidad contempladas en el Código Penal, y que la guía constituye el piso mínimo de garantías en el marco del Estado Constitucional de Derechos. También señala el compromiso y la responsabilidad del Estado Nacional con el marco constitucional y convencional invocado y menciona el Dictamen N° 94/09 de la Procuración General y el fallo cel 48/09 STJRSO.----- Insiste en el exceso jurisdiccional por el dictado de una nulidad pese a declarar abstracta la cuestión, pues el magistrado debió abstenerse de pronunciarse sobre el tema en tanto no había interés que representar ni sobre el cual dictar sentencia. En consecuencia, asevera, se trata de una nulidad por la nulidad misma.- - - - - //5-- Plantea el perjuicio ocasionado a T.N., dado que, al considerarse contraria a derecho la autorización del aborto, de modo indirecto se encuadra su conducta como

contraria a la ley. También considera contradictorio que se admita la no-intervención judicial, pero que se actúe en una cuestión abstracta.

-- Ya en cuanto a la aplicación del Código Penal, alega que el Tribunal incurre en un error al interpretar de modo restrictivo el art. 86, negando el "aborto sentimental", todo lo que se opone a la interpretación exigida por la normativa constitucional y convencional mencionada precedentemente. En este orden de ideas, no advierte colisión entre la interpretación que propugna y los derechos del niño, puesto que el reconocimiento del derecho a la vida y su protección admite excepciones a la regla general -entre ellas, el aborto no punible -, y agrega que considerar que la norma habilita la práctica del aborto solo en los casos de violación de una mujer idiota o demente es discriminatorio y perjudicioso.----- Asimismo, cita jurisprudencia en el sentido de que, para solicitar una autorización judicial para interrumpir el embarazo, no es admisible esperar la conclusión de la causa penal seguida contra el imputado. En el sub-exámine, continúa, la existencia de la violación fue seriamente invocada y contaba con respaldo en las constancias de la causa, que también dan cuenta del grave riesgo para la salud de la menor (art. 86 segundo párrafo Inc. 1º C.P.).----- Alega también la absurda valoración de la prueba y señala que en el caso se verifica un supuesto de gravedad

///6.- institucional, pues las cuestiones que se debaten son de notorio interés público, exceden el mero interés de las partes e inciden de manera directa en la comunidad. Asimismo, pues el Estado podría verse comprometido en su responsabilidad ante organismos internacionales; ello -además- por las notificaciones cursadas a los organismos responsables de la salud pública en torno a los alcances de la resolución, que tiene efectos precautorios para la regulación y práctica de los abortos no punibles.----- Por último, hace referencia a la indebida publicidad dada al caso, para lo que considera necesario que se adopten medidas de protección.-----1.5.- A fs. 128/153 se agrega la contestación del recurso de casación del señor Fiscal General, en el que sostiene -al igual que la señora Defensora General- que la Cámara en lo Criminal se excedió en sus funciones atento a que había dejado de subsistir el interés respecto del cual se solicitaba la aplicación del derecho, por lo que propicia la revocación de la sentencia, con cita de jurisprudencia que abona su postura.----- Luego expone las diversas tesis en cuanto a los abortos no punibles y adhiere a la tesis amplia respecto de los incs. 1º y 2º del art. 86 del Código Penal. Refiere el Dictamen N° 94/09 de la

Procuración General y la doctrina legal, y alega que el informe del Hospital de El Bolsón ca cuenta de los padecimientos psíquicos de la menor como consecuencia de los abusos reiterados sufridos, todo ello con cita de doctrina.-----

Considera que en autos se han acreditado el peligro en //7.- la salud y la vida de la madre, el consentimiento de sus representantes y la práctica del aborto por un médico diplomado, luego de lo cual se manifiesta en cuanto a la innecesariedad de la autorización judicial, con nueva cita de doctrina legal. En este sentido, argumenta que en caso de que la cuestión no fuera declarada abstracta por el Superior Tribunal, cabría objetar ambos fallos, puesto que no compete a los jueces la autorización para llevar a cabo el aborto, y acompaña la pretensión recursiva de la Defensoría.-----1.6.- También se presenta como *amicus curiae* el doctor Jorge Rafael Scala, en representación de "Punta de Belén Asociación Civil sin fines de lucro". En los hechos del caso, sostiene que es dirimente la ausencia de pruebas acerca de la violación y afirma que no se posibilitó la representación efectiva de los intereses del nasciturus. Agrega que el Juez ordenó la interrupción del embarazo pese a haber concedido el recurso con efecto suspensivo y que el recurso de casación tiene por finalidad "la legalización encubierta del aborto". Asimismo, niega que se trate de una cuestión abstracta, realiza un análisis del art. 86 inc. 2 del Código Penal y se opone al aborto sentimental. En tal orden de ideas, esgrime la inviolabilidad de la vida del nasciturus en los derechos humanos, conforme con lo cual la excusa absolutoria de la norma mencionada ha quedado derogada. 1.7.

Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito sin la presencia de las partes, en una cuestión en la que, por la estructura legal del Ministerio Público Fiscal y la postura de la señora Defensora General, //8.- solo tienen representación los intereses de la menor cuyo embarazo se solicitaba interrumpir, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.-----

-3.- Fundamentos del auto interlocutorio recurrido:- - - - - La Cámara en lo Criminal sostiene que el magistrado que autoriza la interrupción del embarazo de T.N. -quien declara que la situación de esta encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86 inc. 2 C.P.- incurre en una violación sistemática de los derechos de la persona en gestación, acordándole a su Defensora una participación meramente ficticia. Enumera la serie de planteos desarrollados que no merecieron tratamiento: i) incompetencia; ii) designación de un tutor especial, de acuerdo con el art. 397 del Código Civil, y iii) proposición de un cuestionario para que informe el psicólogo forense.----- Asimismo,

destaca la advertencia del propio representante de la menor que solicitaba la interrupción de su embarazo en el sentido de que muchas de las afirmaciones realizadas, también las consecuencias psíquicas, no tenían fundamentación científica, no obstante lo cual el Juez resuelve autorizar la mencionada interrupción.----- En cuanto a la ausencia de defensa efectiva de los intereses de la persona por nacer, hace una reseña de las actuaciones y entiende que, según ellas, a su representante no se le dio la intervención adecuada. Agrega que en el sub-exámine era necesario un tutor especial para el niño por nacer, toda vez que había intereses contrapuestos con su progenitora (arts. 57 y 59 C.C.).----- A lo anterior suma que el recurso de apelación fue //9.- concedido con efecto suspensivo por el magistrado que dispone la interrupción, por lo que así debió instruir a las autoridades sanitarias para que paralizaran o detuvieran las maniobras quirúrgicas, y que, dada la fecha en que se efectiviza la intervención, tal concesión era un mero formalismo.----- Sostiene que el recurso sometido a análisis es abstracto, pues la interrupción del embarazo ya se produjo, por lo que -en principio- carecería de sentido resolver las cuestiones invocadas, pero que la nulidad puede ser declarada en razón de la violación de garantías constitucionales. Niega una situación de urgencia para la resolución del magistrado a quo, porque de ser así este podría haber actuado según el art. 43 de la Constitución de la provincia. Asimismo, en cuanto a la ley sustantiva, por la trascendencia pública de lo sucedido entiende que la intervención quirúrgica abortiva es necesaria luego de cometido el hecho, sin que sea al Juez al que le corresponda decidir. Argumenta que el derecho positivo argentino permite el aborto terapéutico -art. 86 inc. 1º C.P.- y también el supuesto previsto en el inciso siguiente, que es el que da fundamento a la decisión recurrida, esto es, la mujer víctima de una violación que fuera idiota o demente, la que deberá contar con la autorización del representante legal. En este sentido, entiende que no hay prueba alguna de que la menor, supuesta víctima de abuso, sea idiota o demente, y que el Juez autorizante admitió lo que fue llamado un "aborto sentimental", que requeriría solo la comprobación del hecho delictivo en conformidad con las pautas del art. 119 //1).- del código sustantivo sin que la víctima tuviera las afecciones señaladas. El juzgador cita doctrina para dar sustento a su criterio y agrega que el Juez de Instrucción tampoco se pronuncia respecto de la probabilidad de la violación. ----- Finalmente, sintetiza que quien dispone la interrupción del embarazo: i) es incompetente para hacerlo por razón de la materia, en tanto es atribución de los Jueces de Familia; ii) continúa con el trámite pese a no haber razones de urgencia que justificaran

su abocamiento, a tenor del art. 43 de la Constitución Provincial; iii) acuerda a las partes una participación meramente ficticia; iv) concede el recurso de apelación con efecto suspensivo cuando ya estaba decidido y ejecutado el aborto, y v) violenta garantías constitucionales, especialmente los arts. 18 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial.----- Por todo ello, el vocal ponente propone al acuerdo la nulidad de la resolución que autoriza la interrupción del embarazo por violación, con efectos precautorios para la regulación y práctica de los abortos no punibles, lo que notifica a la señora Ministra de Salud y a la señora Directora del Hospital Zonal de Bariloche.----- El segundo de los magistrados adhiere y agrega que, pese a que la cuestión se ha tomado abstracta, resulta imprescindible pronunciarse para evitar que en el futuro se produzcan situaciones semejantes. Insiste en la interpretación del primero de los magistrados en cuanto a que el embarazo debe ser producto de la violación de mujer

//11.- idiota o cemente, puesto que de tal modo solo debe acreditarse el acceso carnal el margen de quien fue su autor u otro tipo de cuestiones, ya que aquella no puede consentir el acto, además de que -de lo contrario- carece de sentido el agregado de la ley.-----

-----4.- Doctrina legal del caso. La ausencia de interés de la Cámara en lo Criminal por circunstancias sobrevinientes al recurso. La nulidad en el solo beneficio de la ley:----- Es evidente que las temáticas involucradas en las posturas de las partes -e incluso en las discordancias que manifiestan en sus votos el magistrado que entiende inicialmente en la solicitud de autorización y los que lo hacen en grado de apelación- exceden con mucho los intereses particulares de aquellas, pues es un principio general que no pueden adoptarse decisiones de nulidad cuando de modo previo se reconoce que la cuestión sometida a la jurisdicción se ha tomado abstracta.----- En este orden de ideas, mutatis mutandis, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "... [S]i bien la acción deducida a fs. 33/45, constituyó una vía idónea para suscitar la intervención del Tribunal, cabe recordar que esta Corte, reiteradamente, ha señalado que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros), a la vez que ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su cesación importa la de poder juzgar (Fallos: 315:466) y que, entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias

//12.- sobrevinientes han tomado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 313:1081)..." (Se. del 16/03/10, S. 841. XXXVII, ORIGINARIO). En el considerando 7º del mismo

precedente agrega que en "estas condiciones, es evidente que no subsiste en el subexamine una disputa actual y concreta entre las partes que configure un caso susceptible de ser sometido a los jueces, ya que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una controversia (Fallos: 308: 1087 y 311:787)".----- Más específicamente, mediante decisión del 8 de marzo de 2005 (autos "P.E.V."), la Corte Suprema estableció: "no corresponde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncie acerca del recurso extraordinario interpuesto respecto de la sentencia que concedió la autorización solicitada para inducir el parto o eventualmente practicar una cesárea a quien se hallaba en estado de gravidez de un feto anencefálico, toda vez que el parto tuvo lugar en forma espontánea y el feto nació muerto, pues circunstancias sobrevinientes han tomado inútil la resolución pendiente al no mediar un interés concreto y actual que la justifique".----- La minoría -voto del doctor Boggiano- había sentado: "Es improcedente la autorización para proceder a la inducción al parto de un feto inviable por anencefálico, pues no importa beneficio alguno para el ser en gestación cuyo derecho a la vida se encuentra amparado por la Constitución Nacional, diversos tratados internacionales y la ley civil, sino tan sólo anticipar su muerte".----- Por lo tanto, interrumpido el embarazo, no quedan en //13.- el caso intereses subsistentes para que se expida la jurisdicción, lo que coincide con la postura de la señora Defensora General -titular del Ministerio Público de la Defensa- quien, tanto en su escrito glosado en el expediente -reseñado supra- como en su Dictamen 45/10/DG, sostiene que para su ministerio los únicos intereses que se deben representar son los de la menor cuyo embarazo fue interrumpido y no los de la persona por nacer una vez consumada dicha intervención.----- En tales condiciones, la Cámara en lo Criminal debió negar la legitimación a la recurrente para activar su jurisdicción.----- Es demostrativo de lo anterior que, sobrevinida la interrupción del embarazo, carecería de efecto práctico dejar sin efecto lo actuado por el magistrado que entiende primero en la solicitud, declarando determinado derecho procesal y sustancial opuesto a su postura, cuando aquel no tendría posibilidad alguna de reconducir el trámite en los términos expuestos, y la vía incidental no podía ser continuada luego del reenvío que supone una declaración de nulidad.----- De tal modo, resulta aplicable al caso lo sostenido por este Cuerpo en la Sentencia 48/09 del registro de la Secretaría N° 4, en tanto "cualquier pronunciamiento al respecto tendría carácter simplemente abstracto, carente de todo interés y finalidad práctica" (los volantes primero y segundo en este punto pues se

efectivizó la interrupción solicitada).- ----- Ahora bien, lo anterior es suficiente para nulificar //14.- el auto interlocutorio recurrido pues no procede la declaración de nulidad en el solo beneficio de la ley, sino que debe remediar el perjuicio sufrido, el que es negado con la declaración acerca de que la cuestión resulta abstracta. Así, para una ponderación de los efectos de la sentencia, cabe destacar que también la Corte Suprema (Fallos 331:2249) ha sostenido que las nulidades no deben alcanzar a actuaciones válidas anteriores.- -----

-----5.- Intervención del Superior Tribunal de Justicia. Doctrina legal que rige el caso: ----- La advertencia del carácter abstracto del planteo de la Defensora respecto de los intereses del nasciturus no es contradictorio con la postura de este Cuerpo de anular lo decidido por la Cámara -en tanto podría interpretarse que aquella también alcanzaba al recurso en tratamiento-, toda vez que -a diferencia del caso resuelto mediante Se. 48/09 STJNRSO- en este se advierten posturas divergentes de las diversas instancias judiciales involucradas, con instrucciones también opuestas a los organismos de salud pública que habían concurrido a los tribunales solicitando certeza para la temática involucrada. Por lo tanto, la intervención del Superior Tribunal es para lograr una doctrina legal, siendo esta una exigencia constitucional para los Estado parte que han suscripto los convenios Internacionales sobre derechos humanos y hace a lo esencial de la función casatoria (art. 207 inc. 3º C.Prov.).- -----

-----6.- El derecho sustantivo. Interpretación del art. 86 inc. 2 del Código Penal. La Se. 48/09 STJNRSO. Control de convencionalidad:- -----

//15.- Así, encuentro en el caso para el Superior Tribunal el interés en desarrollar o exponer su doctrina legal uniformadora -función de nomofilaquia- en temáticas donde aparecen involucradas y puestas en confrontación garantías constitucionales referidas a diversos bienes jurídicos del Código Penal: el de la vida o salud de las personas, el de la libertad, etc. Entonces, en una interpretación de derecho sustantivo, comienzo por la opinión que vertí en la Se. 48/09 citada supra, en el sentido de que "... si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible ...", con lo que la figura del inc. 2º del art. 86 del Código Penal hace extensiva la impunidad al denominado "aborto sentimental" o "ético", sin distinción en que la violación cometida sea sobre mujer sana o sobre idiota o demente. En la decisión que se revisa, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche afirma lo opuesto -esto es, que la interrupción no punible del embarazo es sólo si la mujer es idiota o

camente.- - - - ---- Conozco las diferencias interpretativas en este punto, tanto las doctrinarias como las jurisprudenciales, cada una de ellas con una diferente metodología y argumentación para arribar a su conclusión. Para dar cuenta de ellas es suficiente remitirse a Larrandat en su comentario a los arts. 85/88 en la obra Código Penal. Parte Especial, con la dirección de Baigún y Zafroni, págs. 691 y ss., lo que también explica la postura de la Cámara en lo Criminal en cuanto a su interpretación del derecho sustantivo.  
Destaco

//15.- aquí que en ninguna de las etapas del proceso se planteó la inconstitucionalidad de las normas aplicadas, lo que, de acuerdo con el art. 196 de la Constitución Provincial, bien podría haberse decidido de oficio.- - - - ---- En cuanto a ello, tal como advierte la señora Defensora General en su escrito (ver fs. 55/579, al que remito en este punto, son el Estado Constitucional de Derecho y las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales de derechos humanos los que hacen necesario adoptar una interpretación amplia en cuanto a los casos de embarazo como resultado de una violación, cuya interrupción se autoriza.- - - - ---- Ocorre que la "[l]a doctrina del «control de convencionalidad» es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un *jus commune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250), o Convención americana sobre derechos humanos (tal es su título oficial). Importa, igualmente, uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.- - - - ----

- - - - ---- " Recordemos sus puntos fundamentales:- - - - ---- "(a) El control de convencionalidad cuenta con dos niveles de operadores. El tradicional, a cargo de la propia Corte Interamericana, estaba en funciones desde lustros

//17.- atrás.- - - - ---- "(b) El más nuevo fue creado a partir de 2006 por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se encuentra desarrollado -hasta ahora- por tres pronunciamientos decisivos, acompañado por otros que lo consolidan. En anterior oportunidad nos hemos referido a las bases primarias, sus fundamentos y despliegues, trabajo al que nos remitimos. [Esos tres casos son «Almenciad Arellano», del 26/09/06, que describe los rasgos esenciales del instituto; «Trabajadores Cesados del Congreso», del 24/11/06, que proyecta el control de convencionalidad «de oficio», y determina normas sobre competencia y procedimiento

para verificarlo, y «Radilla Pacheco», del 23/11/09, que describe el rol que llamamos «constructivo» del control de convencionalidad] ...- - - - - "En esta última versión, que es en la que aquí especialmente nos detenemos, el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación «armonizante» o «adaptativa» del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas //18.- al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.- - - - - "c) Los jueces locales tienen que actuar, en aquellas dos funciones, tanto a pedido de parte como de oficio.- - - - - "d) Las normas internas que se oponen al Pacto y a su exégesis por la Corte Interamericana, resultan inconvencionales, y al decir de dicho Tribunal, carecen desde su inicio de efectos jurídicos" (Nestor Sagüés, 'Dificultades operativas del «Control de convencionalidad» en el sistema interamericano', II del 11/08/10, pág. 1)" (Se. 146/10 ST.JRNSP, opinión personal del Dr. Sodero Nievas) - - - - - La interpretación amplia es más adecuada a las recomendaciones de los diversos comités de derechos humanos en cuanto a la modificación de la legislación nacional o a considerar incluida en su texto la autorización del aborto en todos los casos de violación; de lo contrario, en el art. 86 inc. 2º del Código Penal solo quedaría consagrado el aborto eugenésico, que es lo opuesto a dichas recomendaciones (ver CSJN, C. 1757.XL., "CASAL", en cuanto al art. 456 C.P.N., en relación con el cumplimiento de los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP).- - - - - — En este orden de ideas, me limito a destacar el Cuarto Informe Periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos, del 22/03/10, publicado en La Ley Online AR/JUR/35651/2010, cuyo considerando 13 "... expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenido en el artículo 86 del Código Penal, así como su inconsistente interpretación por parte de los tribunales de //19.- las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que

recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal".----- no podría sostenerse que la postura que propugno resulta violatoria del art. 4º 1 del Pacto de San José de Costa Rica, tal lo que surge de la Resolución Nº 23/81 de la CIDH en el caso 2141, Estados Unidos de América, cuando resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachussets no constituían violación de los arts. I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -en tal caso la Corte del Estado de Massachussets había absuelto al Jefe de Médicos residentes del Boston City Hospital por el aborto por histerectomía en una soltera de 17 años de edad, habiendo ella y su madre solicitado el aborto y consentido la operación . La decisión contrasta el texto preliminar sometido al Comité Jurídico (novena Conferencia Internacional Americana -Actas y Documentos-, vol. V., pág. 4499) con el texto resultante de las observaciones ante la sexta comisión, y el concepto absoluto del derecho a la vida desde la concepción se transforma por otro relativo al que se le agrega "en general" (informe de la Dra. Graciela I. Dufau, del 11/11/02, 'El Pacto de San José de Costa Rica y el aborto', para el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la mujer).----- "El art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) en cuanto dispone que el derecho a la vida estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción, tiene como objetivo permitir la ratificación de varios Estados que habían despenalizado distintos supuestos de aborto" (voto de la Dra. Kogan en SCJBA, "R., L.M.", del 31/07/06, en LLBA, 2006:895). El carácter relativo de la protección encuentra sustento en la postura que sostiene que no hay una jerarquización a priori de las garantías convencionales y constitucionales, sino que todas se encuentran en similar rango y deben ser sometidas a particular ponderación según el caso.-----

----- Así, los "... derechos y garantías de los menores (basados en el interés superior del niño) y de las víctimas (en sentido amplio) tienen sustento constitucional (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 C. Nac.) y de convencionalidad (CDN; arts. 8.1 y 25 CADH; 14.1 PIDCyP) y no pueden ser interpretados de modo excluyente, tal que uno implique la negación del otro, lo que obliga a realizar una tarea de ponderación y armonización, para -en la medida de lo posible- preservarlos a ambos o decidir sobre la aplicación del que corresponda en el caso concreto" (Se. 146/10 STJRNSP, opinión personal del Dr. Sodero

Nievas).----- Esto no implica desconocer la privilegiada protección que sobre el derecho a la vida y la salud viene consagrando //21.- la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 331:2135).-----  
 ----- Andrés Gil Domínguez ("Reflexiones sobre el aborto voluntario: un nuevo aporte a un debate necesario", en LL del 18/10/06), de modo concordante, dice que "los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen a priori idéntica jerarquía y las colisiones que se suscitan se resuelven mediante el mecanismo de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad".----- El mismo autor, en "aborto voluntario y Estado constitucional de derecho" (LL del 30/06/06), señala un razonamiento lógico que comparto para establecer una proporcionalidad en el caso. Sostiene: "... La problemática del aborto voluntario nos enfrenta a una colisión de derechos concreta (el derecho a la vida de la vida humana en formación-derecho a la intimidad de la mujer) de donde emergen las siguientes hipótesis (y las respectivas sub hipótesis): \*El derecho fundamental y humano de la mujer prevalece en cualquier momento del embarazo (hipótesis A), o bien prevalece únicamente en los primeros tres meses del embarazo (subhipótesis A1)... IV1. Tanto en la hipótesis A como en la subhipótesis A 1, la relación de preferencia condicionada está basada en un hecho objetivo que desde tiempos inmemoriales el derecho, la sociología, la antropología, el psicoanálisis y la religión adoptan como elemento determinante de un trato y protección diferenciadas: el nacimiento. En la subhipótesis planteada, la limitación temporal se funda en un mayor respeto al proceso de continuidad ontológico que comienza con la //22.- concepción, sobre la base de que en dicho lapso, se está en presencia del menor grado de desarrollo posible" (el subrayado me pertenece).-----  
 Por lo tanto, el derecho de la mujer que solicita la interrupción del embarazo producto de la violación atenta a su derecho a la intimidad y a la salud sexual y procreación responsable, donde sexualidad no es sinónimo de reproducción (ver Ley Nacional de salud sexual y procreación responsable, N° 25763, modificada por Ley 26130 y Decreto 1282/03), prevalece en esta ponderación proporcionada con el derecho a la vida de la persona por nacer.----- A la remisión genérica del escrito de la señora Defensora respecto de las normativa que funda la decisión sumo el art. 31 de la Constitución Provincial, que protege a la familia, establecida y proyectada a través del afecto, y el art. 59 de la misma Carta, que consagra a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana, en tanto los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual.----- En este sentido, me

pregunto si esa persona por nacer tiene estos derechos o es solo para los que nacen muertos, porque si nace vivo tiene que tener una familia, o si podría cumplir la función de padre quien es denunciado como el violador.-----

Destaco que, si bien en el precedente citado supra (Se. 48/09 STJRN SO) el análisis ponderaba un supuesto de aborto terapéutico (art. 86 inc. 1º C.P.), mi postura expresada mediante un obiter dictum conformaba mi interpretación acerca del aborto sentimental en torno al

//23.- inc. 2º.----- Digo que la protección es para todo supuesto de violación, aun con una prolongación extensa en el tiempo -como en el sub exámine-, para toda mujer, sin la absurda restricción de que deba ser idiota o demente, en la medida en que se actúe contra su libertad sexual, es decir, sin la posibilidad de consentir.----- Es obvio que -en principio- la mujer idiota o demente no tiene la capacidad de prestar un consentimiento válido.----- La ley siempre contempla un acto libre, en el que juega un rol determinante el consentimiento, no se puede concebir por la fuerza y el acto consumado contra la voluntad de la víctima no es válido. Esta es la argumentación más fuerte para romper cualquier tensión, al menos en este caso.----- Aun cuando hubiese leyes que prohibieran o restringieran en sus alcances la interrupción del embarazo proveniente de una violación, estas serían injustas y contrarias al bloque de constitucionalidad, por ser opuestas a la dignidad humana y a los derechos que resultan de esa dignidad. La interpretación estricta debe ajustarse a la regla de extensión de los derechos humanos.-----

----- La persona se autodetermina o autocausa: se autodetermina a obrar y elige entre posibilidades fundadas. El orden de las cosas hace que una acción continúe de otras una vez iniciadas, pero para iniciarla es necesario el asentimiento del hombre y aquí reside su poder (Cicerón, De Fato, págs. 18/19).----- Aclaro que ninguna parte interesada esgrimió aquí un

//24.- planteo de inconstitucionalidad.----- En síntesis: nadie puede concebir válidamente sin consentimiento de la otra parte y el hijo por nacer tiene derecho a tener una familia, a conformarla, a tener un padre, que no podría ser uno que actuara por la fuerza.-----7.- Antecedentes procesales del incidente:----- El incidente de

solicitud de interrupción del embarazo de T.N. fue iniciado el 26 de marzo de 2010 ante una consulta acerca de la posibilidad de acceder al pedido respectivo. En él actúan el aquí recurrente, en representación de la menor, el Agente Fiscal y la Defensora de Menores e Incapaces que por turno correspondía en representación del nasciturus (ver fs.

46).----- Cabe recordar que la interrupción del embarazo de bajo riesgo puede practicarse hasta las doce semanas de gestación y que, entonces, cada día que pasara desde la solicitud aumentaría el riesgo (ver fs. 34).----- Asimismo, el 29 de marzo la directora del Hospital de Área El Bolsón respondió a un oficio urgente del señor Juez de Instrucción en el que sostuvo: "La salud psíquica de T. se encuentra seriamente comprometida, dada la condición de abuso crónico, coerción y ejercicio de poder sobre su persona al que fue sometida durante varios años, hechos reflejados en los informes psicológicos y sociales realizados por el equipo profesional tratante y por profesionales del Ministerio de Familia. Todo esto agravado por la situación de que es el padre quien la embarazó, según informes... Considero que existen datos suficientes en los informes psicológicos de que hay un real riesgo para la //25.- salud psíquica de la paciente... Según los informes mencionados se desprende que existe potencial riesgo para su vida ya que hay signos de retraimiento y auto agresión, además del miedo de la madre del suicidio en relación a la continuidad del embarazo... Actualmente cursa 11.3 semanas de gestación y de realizarse la práctica mencionada en su oficio sería deseable que la misma se hiciera antes de las 12 semanas según recomendación de la Guía de Atención del aborto no punible del Ministerio de Salud de la Nación... El riesgo psíquico de su no realización (por la práctica quirúrgica solicitada) sería mayor que el de la continuidad del embarazo según se desprende de los informes psicológicos" (fs. 37/38).----- El día 30 de marzo el magistrado tuvo una audiencia con la menor y su madre, en donde aquella fue informada acerca de las características de la intervención quirúrgica que había solicitado y sus alternativas, y en la que reiteró su voluntad de interrumpir el embarazo, dando razones de ello.-----

----- A fs. 48 y sgtes. se glosa el dictamen del psicólogo forense -del 31 de marzo- de acuerdo con el cual la menor presenta un síndrome de acomodación al abuso sexual, en la última de sus cinco etapas. También desarrolla los efectos psicológicos de los embarazos no deseados (no aceptados): "se generan sentimientos demasiado dolorosos y hasta intolerables, que a menudo se acompañan con ideas de finiquitad".----- El mismo día la Defensora de Menores e Incapaces, en representación del nasciturus, contestó la vista y planteó //26.- la incompetencia material del magistrado, la necesidad de designar un tutor especial para la menor y de contar con un certificado de nacimiento para acreditar el vínculo con los imputados, así como un informe social o antropológico para "comprender y valorar adecuadamente las conductas, sentimientos de las partes involucradas, evaluar

posibles alternativas menos dañosas idóneas y en definitiva resolver adecuadamente la situación planteada. Solicita la aplicación de la Ley Provincial 3099, requiriendo opinión consultiva al Comité de Bioética".----- El día 5 de abril amplió su vista anterior y solicitó que el psicólogo forense se expidiera acerca de la existencia de un grave riesgo físico y/o psicológico en la mujer embarazada y, de haberlo, su causa, y también sobre la relación entre el síndrome de acomodación y el daño psicológico. Preguntaba además por las consecuencias de la interrupción solicitada y las posibles medidas alternativas. ---- El mismo día el señor Agente Fiscal se expidió acerca de la garantía del juez imparcial, de la necesidad de que el juez se apartara en caso de emitir opinión y de su falta de competencia. Adujo que, en caso de ser negativa la investigación respecto de los sospechosos, el perjuicio sería irreparable y opinó que el magistrado debía inhibirse y pasar las actuaciones a conocimiento de la señora Juez de Familia.-----

-----En la misma fecha se recibió la contestación de la vista del Defensor de Menores e Incapaces en representación de T.N., que en síntesis sostuvo que: i) de las constancias del incidente se desprendería que la solicitante había //27.- padecido una situación de abuso reiterado desde su infancia; ii) la menor expresó con claridad su voluntad de no seguir adelante con el embarazo y rechazó la alternativa de continuar con este y dar el niño en adopción; iii) los informes dieron cuenta del estado psicológico de T.N. y de los riesgos que para su integridad psicofísica implicaba la continuación del embarazo; iv) el escrito inicial no era una petición de interrupción, sino una consulta acerca del pedido al hospital público, a cuyo respecto afirmó que no era necesaria tal petición, con cita de doctrina legal, y v) resultaba aplicable al caso el inc. 2º del art. 86 del Código Penal, puesto que el hijo que esperaba su asistida era producto de una violación, postura esa asumida por el Superior Tribunal de Justicia, con mención de la opinión personal del doctor Alberto Ítalo Ballardini en el fallo 48/09 STJRNSP citado supra.-----

----- Con tales antecedentes procesales, el mismo 5 de abril el magistrado puso los autos a despacho para resolver y dictó el Auto Interlocutorio N° 63/10, en el que -en lo pertinente- puso en conocimiento de la señor Ministra de Salud la innecesariedad de pedir autorización judicial para los casos contemplados en el art. 86 segundo párrafo incs. 1º y 2º del Código Penal y autorizó la interrupción del embarazo, declarando que la situación encuadraba en el supuesto de aborto no punible del art. 86 inc. 2º.-----8.- Requisitos para la no-punibilidad. Mérito del incidente reseñado:-----

----- Los requisitos de la causa de justificación específica para el aborto son: 1) la calidad del sujeto activo -debe

///28.- ser un médico diplomado-; 2) el consentimiento de la mujer embarazada -si no está psíquicamente incapacitada- o su representante legal; 3) la existencia de una violación, y 4) el hecho de que el embarazo sea consecuencia de la violación.- - - - -

- - - - - En lo que hace a la razón suficiente de la prueba para establecer tales extremos, es necesario hacer una referencia acerca de las condiciones de validez de la decisión a la que se arribó en el incidente.- - - - - "En este orden de ideas, dice Michele Taruffo, en La prueba de los hechos (págs. 176/177): 'En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión'. Para Taruffo, el verdadero problema es definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, 'definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas'" (Se. 69/08 STJRNSP, voto del Dr. Soderó Nievas). - - - Destaco que el incidente se encuentra regido por la urgencia, en tanto el trámite se inició el 26 de marzo y el 29 de dicho mes la Directora del Hospital informó que la solicitante cursaba 11.3 semanas de gestación, cuando la interrupción del embarazo de bajo riesgo es hasta las 12 semanas y el riesgo se incrementa a diario.- - - - - De tal modo, tanto al auto interlocutorio que resuelve el 5 de abril la petición como la inducción de interrupción de embarazo que se completa el 8 de dicho mes (fs. 162) ya

///29.- suponían un incremento de riesgo diario para la solicitante.- - - - -

- - - - - Además, atento a las constancias del expediente, tanto los antecedentes aportados por el Hospital donde era atendida la menor como el informe psicológico realizado por el forense señalan la existencia de un abuso sexual crónico -la víctima se encontraba transitando la última etapa del síndrome, ya en una postura de acomodación- - - - - "... En la etapa de inicio (del abuso sexual) es más frecuente observar características compatibles con estrés postraumático, mientras que en la fase crónica, lo que ha de primar es el tipo de comportamiento asociado al síndrome de acomodación a la victimización reiterada' (Miotto, Delitos contra la integridad sexual, victimización sexual de niños y adolescentes)..." (Se. 53/09 STJRNSP), que puede incluso ocasionar que el niño se retracte durante la investigación, pues es habitual que "... se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia' (Se. 47/07 STJRNSP).- - - - -

- - - - - Por lo tanto: i) sin cuestionamientos relevantes respecto de la fundamentación de las pruebas incorporadas al expediente; ii) siendo todas estas

contestes en indicar la existencia de un abuso sexual incluso crónico, como el denunciado por la víctima y su madre, y iii) con la calificación precisa de la etapa del síndrome que parecía la menor; iv) además de la consiceración del tiempo como factor determinante para la viabilidad de la pretensión (ver fs. 93 //30.- considerandos del Juez en lo Penal), la decisión es adecuada a derecho en los términos del art. 220 de la Constitución Provincial, por encontrarse fundada.----- Se dan en autos las condiciones de validez aptas (capacidad de representación de las pruebas de la hipótesis que se quiere demostrar -había en efecto un abuso sexual incluso crónico del que podía colegirse el embarazo- y necesaria celeridad para arribar a la conclusión -lo que obligaba a desechar prueba impertinente o superabundante en los límites del tiempo exigidos por la situación-).----- Destaco que el art. 19 apartado segundo de la Convención de los Derechos el Niño exige a los Estados parte la adopción de medidas de protección específicas para los niños víctimas de cualquier maltrato o abuso -incluido el sexual-, entre otras la de procedimientos que sean eficaces, lo que pone de resalto la relevancia del condicionante temporal.-----

- - ---- Asimismo, siendo que toda demora aumenta el riesgo, se podría tratar de un "elemento básico para la consideración de otra ilicitud como es la producción culposa del resultado de muerte -art. 84, Cód. Penal-" (voto del Dr. Piombo, en SCJBA, del 27/06/05, en LL Online: AR/JUR/774/2005).- - - - ---- En cuanto a que el embarazo sea la consecuencia de la violación, el requisito debe ser estimado en términos de probabilidad y no de certeza (ver Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte Especial, pág. 87, conforme cita de Larrandau, en Código Penal. Parte Especial, dirigido por de Baigún y Zaffaroni, Tº 3, pág. 698).- - - - ---- Así, se encuentran acreditados, y su mérito no puede

//31.- ser estimado de arbitrario, los requisitos típicos para el aborto ético o sentimental: interrupción del embarazo por un médico diplomado, tal como se instruye en la parte resolutive de la decisión; consentimiento informado (ver acta de fs. 47 y subpunto 3 del infcme psicológico de fs. 50); existencia de la violación y su relación con el embarazo (conforme los considerados supra desarrollados) - - ---- no obsta a lo anterior el peritaje glosado en copia a fs. 30/36 de este expediente, toda vez que la conclusión se obtiene del material biológico expulsado por T.N. restos placentarios y ovulares y como se lo infirma al Juez en la solicitud analizada- los análisis genéticos tendientes a determinar si la criatura es o no producto de las relaciones denunciadas "deberán ser llevadas a cabo en el momento del nacimiento del niño/a" (fs. 1 del incidente), por lo que era prueba

inadecuada para resolver la cuestión.----- La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha cuestionado el carácter absoluto de la verdad biológica (Fallos 331:147), de ahí que el concepto sea aplicable a la víctima del delito aquí investigado, sin que el resultado final que varios meses después se obtiene por una prueba genética forense (ADN) pueda constituirse en un disvalor de resultado, porque lo que se analiza es lo actuado por el señor Juez de Instrucción al tiempo de resolver el tema y no las circunstancias posteriores, ya que el daño causado a la víctima de violación es inmediato y proyecta sus secuelas en el tiempo.----- Es más, esta cuestión continúa en debate ante la ausencia de sentencia definitiva, con el único criterio //32.- conocido en "Rigone de Prieto" (CSJN Fallos 332:1796), lo que obliga a los Jueces de Instrucción o de grado a dudar al proceso de diferentes medidas de prueba suficientes o acreditativas, tal como se establece en tal precedente ante la oposición a la extracción compulsiva de sangre.----- Asimismo, pongo de resalto que la propia Defensora de los intereses del *nasciturus* reconoce el menoscabo intrafamiliar (fs. 57 vta.), lo que la lleva a plantear la amoralidad entre las relaciones sexuales de tal tipo, cuestión que por lo demás ya quedaba establecida en el informe social de fs. 26 y ss. del incidente. Ello pone de manifiesto la superabundancia de la prueba socioambiental que solicita, además de que indica una probable razón a la menor en caso de cometer un error sobre el familiar que la agredió sexualmente, con resultado en el embarazo. Lo cierto y demostrado es que la menor sufría un abuso sexual crónico intrafamiliar desde los once años; esto es, ocurrió en un espacio temporal de 6 años y "la señora H. (su madre) no ha mostrado signos de alarma ante la situación. Pareciera que la intervención de su yerno ha motivado la decisión de denunciar (el embarazo)" (informe social mencionado, fs. 27 del incidente).----- En atención a tales datos, al momento de resolver no había prueba alguna que señalara una falsa denuncia o de una supuesta venganza o el síndrome de alienación parental.-----9.- Defensa efectiva de los intereses de las partes:----- El auto interlocutorio aquí recurrido sostiene que asiste razón a la apelante -la representante de los //33.- intereses del *nasciturus*- en cuanto a que el magistrado omite darle la intervención adecuada, como que elude considerar su dictamen. Para ello realiza un análisis del tiempo en que se toma la decisión en relación con el de la presentación del escrito, de lo que concluye que la supuesta participación de los actores del proceso en el expediente aparece como una burda ficción de una decisión irrevocablemente asumida.-----

----- Tal postura no puede tener más alcance convictivo que la pura

especulación de los señores Jueces de Cámara -lo que define la íntima convicción-, pues el auto interlocutorio apelado es un instrumento público suscripto por el magistrado y el secretario que da fe de lo sucedido, que permite establecer el trámite de las presentaciones de las partes, la cuestión a decidir y los puntos planteados por cada una de ellas.----- Además, en lo que específicamente interesa aquí, es cierto que se le ca intervención a la Defensora de Menores e Incapaces representante de los intereses del nasciturus (fs. 46), quien contesta la vista a fs. 57/58 y luego amplía a fs. 61/62 (todo del incidente), en donde expone varios planteos en oposición a la solicitud de interrupción -incompetencia material del Juez a quien se le dirige dicha solicitud, necesidad de agregar un tutor especial como parte de la contienda, y crítica y mérito de las medidas de prueba recolectadas en el expediente, con la indicación de producir otras y completar o aclarar algunas de las producidas----- También advierto que en la decisión se reseñan tales planteos y se les da tratamiento, por lo que no podría //34.- estimarse que resultan omitidos aquellos conducentes al objeto procesal.-----

----- En tales condiciones, el nasciturus ha tenido una defensa efectiva de sus intereses en el marco de la doctrina legal que surge, mutatis mutandis, del fallo 212/09 STJRNSP: "En efecto, la Corte ha sido muy enfática en este sentido. Ni la defensa técnica puede convertirse en un «sello de goma» o, con palabras de Zeffaroni, en un «buzón de notificaciones», ni el Poder Judicial obliterar todo control institucional al respecto, dado que de lo contrario las formas del proceso resultarán por completo resquebrajadas y el ejercicio de poder punitivo en esa coyuntura adquirirá un status ininteligible que carecerá de una mínima racionalidad republicana. [...] En este contexto, cabe reiterar que la figura tragicómica del legitimador de condenas, esto es, de aquel personaje cuya única función en el proceso reside en garantizar su mera presencia física con el fin de que la eventual aplicación de una sanción adquiera «validez», resultó anatematizado por la sentencia [«Nuñez» (Fallos, 327:5095)...], no basta, pues, con que la defensa «esté allí», es decir, que se haga «presente» en el procedimiento. Por el contrario, ese mero «estar» debe dejar paso a una posición preactiva, combatiente, que le permita al imputado «resistir» los embates del poder represivo, no en vano Moreno Catena sostiene que la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión «... existente o meramente temida» [(conf. Víctor Moreno Catena, La defensa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 1982, págs. 17 y ss.)]" (Juan L. Finkelstein Nappi, 'Del legitimador de condenas al

///35.- defensor integral de los derechos humanos. El caso «Ricardo Alberto Núñez» y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e interrogantes!», publicado en Daniel R. Pastor –dir.–, El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal, ed. Ad-Hoc, 2007, págs. 228/229)”.----- Así, la defensa del nasciturus toma vista de las constancias del expediente y presenta sus objeciones orientadas a temas de previo pronunciamiento, otros de trámite y los últimos referidos a temas probatorios. lo que pone en evidencia un cabal conocimiento de las temáticas a decidir.-----  
 ----- Ciertamente es que no lo hace desde un punto de vista sustancial -lo mismo que el Agente Fiscal y a diferencia del Defensor de la solicitante-, pero la doctrina legal que regía el caso era favorable a la petición que da inicio al incidente, la que se presume conocida. Destaco que la Se. 48/09 citada supra es del 9 de junio de 2009 y cuenta con mi postura favorable a la admisión del aborto ético o sentimental, aunque a modo de obiter dictum, y la del doctor Alberto Ítalo Balladini, que está sí como resolución de la cuestión, todo ello en sentido contrario a lo decidido por la Cámara en lo Criminal que interviene en grado de apelación.----- Por lo tanto, no se advierten en el trámite cortapisas a la presentación de agravios desde un punto de vista procesal o sustancial, lo que pone en evidencia una defensa efectiva y el cumplimiento de la normativa vigente que ///36. reconoce al niño el derecho a ser oído (art. 12 CDN). La decisión se toma entonces en condiciones de igualdad procesal con la peticionante.-----10.- La competencia material del Juez de Instrucción.- ---- En el precedente que vengo citando (Se. 48/09 STJRNPS), el doctor Balladini expresa con toda claridad que en “... los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del Código Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación. Efectivamente, no existe en la citada norma disposición que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta. En resumidas cuentas, la ley no prevé una venia judicial para ello...”.----- Luego reseña el razonamiento autorizado e incontestable de Germán Bidart Campos, “quien ha sostenido que lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir... Cualesquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por

imposibilidad jurídica' ('Autorización judicial solicitada para abortar', nota a fallo, El Derecho, 114-183).- ----- "Una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el artículo 86 del Cód. Penal, la actuación de //37.- los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de previa autorización judicial" (voto de la Dra. Kogan, fallo de la SCJBA citado supra, publicado en LLBA, 2006, pág. 895).- -----

----- Para ello adquiere especial importancia la aplicación la Ley Provincial 3099 -Ley de Bioética. Investigación y Difusión. Creación del Comité Provincial de Bioética-, que dispone el establecimiento de Comités Hospitalarios de Bioética, de consulta obligatoria, aunque sus recomendaciones no sean vinculantes (arts. 4 g y 5), temática que se insiste en destacar.- ----- De tal modo, se advierte así el error tanto de quien impugna la competencia material del Juez de Instrucción para resolver la solicitud a favor de la Juez de Familia como de la Cámara en lo Criminal que atiende el planteo. Igualmente incurre en contradicción el propio Juez al resolver, en tanto admitiendo la postura arriba mencionada según la cual en los casos contemplados en el art. 86 segundo párrafo Inc. 1º y 2º del Código Penal "no se requiere autorización judicial para proceder a la interrupción de un embarazo, siempre y cuando se trate de los supuestos específicamente previstos en dicha norma, y se hubiere dado cumplimiento a los términos establecidos en la misma", tras ello dispone "autorizar al interrupción del embarazo de T.N., declarando que su situación encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º del Código Penal".----- A todo evento, la venia judicial que la administración //38.- solicita para no incurrir en un error de tipo o de prohibición puede ser mejor respondida por el Juez de Instrucción, dado que la cuestión primera a resolver pasa por una interpretación de las normas de derecho penal involucradas, en un trámite incidental que surge de un expediente que comparte la materialidad involucrada, la víctima y los presuntos autores, lo que es propio de su competencia material.- -----

----- Asimismo, aunque la normativa citada del código de fondo no requería de una autorización de los jueces para su aplicación, el pronunciamiento jurisdiccional tuvo como fin "salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas involucradas en el proceso" (voto del doctor Roncoroni, en SCJBA, La ley Online, AR/JUR/774/2005, citado supra), la que constituye una de las exigencias convencionales para los Estados parte.- - - - -

----- Por otra parte, tampoco el pedido de un tutor especial (art. 397 C.C.) podía ser hecho al Juez de Instrucción (arts. 59, 63, 493 id.), sino al Juez de Familia.- - - - -

-----11.- Conclusión:----- Por los motivos desarrollados, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación y, por razones de mejor administración de justicia, revocar el Auto Interlocutorio Nº 103 dictado el 14 de abril de 2010 por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, declarando que el recurso de apelación interpuesto contra el Auto Interlocutorio Nº 63 del Juzgado de Instrucción Penal Nº 2 de dicha localidad devino abstracto por circunstancias sobrevinientes a su interposición, todo con remisión del //39.- expediente a la Cámara en lo Criminal para su devolución al Juzgado de origen a sus efectos. También propongo notificar la sentencia a la señora Ministra de Salud de Río Negro y a la señora Directora del Hospital zonal de San Carlos de Bariloche. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto (talo) Balladín dijo:----- Adhiero al voto de vocal ponente, de acuerdo con los siguientes fundamentos:----- Debe hacerse lugar al recurso de casación, pues -en efecto- la nulidad declarada por la Cámara en lo Criminal responde a un ritualismo inútil, toda vez que -en una evidente contradicción- primero advierte acerca del carácter abstracto del planteo. Por lo tanto, se trata de una nulidad por la nulidad misma o en el solo beneficio de la ley y se opone así a la doctrina legal de este Cuerpo acerca del principio de trascendencia que rige a todo eventual incumplimiento formal.- - - - - El carácter abstracto de la cuestión no alcanza al recurso deducido por el señor Defensor que representa a la menor víctima T.N., dada la necesidad de que el Superior Tribunal ejerza su tradicional función de casación ante posturas discrepantes de los organismos jurisdiccionales, cuando además esto es ocasión de instrucciones también discrepantes a la administración de Salud Pública de la provincia.- - - - - Acerca de la cuestión de derecho sustancial o de fondo, es suficiente la remisión a mi voto en el fallo 48/09 STJRNSO en cuanto a que, según el art. 86 inc. 2º del Código Penal, si el embarazo proviene de una violación, el aborto //40.- practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible, sin que sea necesario establecer si aquella es idicla o demente.- - - - - Admito que la interpretación que propongo es materia de arduas discusiones y de posturas contrarias, lo que -en atención a ello- explica la consulta de los organismos de salud pública y los considerandos expuestos por los señores Camaristas en orden al derecho de fondo, aunque estos últimos debieron -de entenderlo necesario- expresar su posición pero al solo fin declarativo.- - - - - Habiendo arribado a tal conclusión en cuanto al alcance

interpretativo del art. 86 inc. 2º del código sustantivo, surgen los requisitos que exige el tipo legal, por lo que resta la cuestión probatoria acerca de su acreditación, en un segundo análisis de la tarea del Juez de Instrucción que cuestionó la Cámara en lo Criminal.----- Sobre tal punto, destaco lo siguiente:----- El tipo legal no exige una venia judicial para la interrupción del embarazo, por lo que se advierte una contradicción inicial en aquel magistrado que así lo reconoce en la parte resolutive de su decisión, no obstante lo cual realiza la instrucción de interrupción que se le había solicitado.----- Aun así, también es un equívoco que la competencia material para resolver la tuviera la Juez de Familia, además de que -a todo evento- por las razones expuestas por el Dr. Víctor Hugo Socero Nievas, el Juez de Instrucción era quien se encontraba en mejores condiciones técnicas y prácticas

///41.- para resolver la petición, para responder a una demanda de justicia efectiva, en plazos muy acotados, cuando también se evidenciaba el grave riesgo para la salud que el embarazo ocasionaba a la menor.----- Asimismo, el trámite del incidente permite advertir que los intereses del nasciturus se encontraron correctamente representados y que -por tanto- se le dio a su defensa la posibilidad de actuar de modo efectivo. Las temáticas tratadas en la decisión cuestionada -de incompetencia y otras probatorias- así lo demuestran, tal que la Cámara en lo Criminal las utiliza como fundamento para la nulidad que declara. Asimismo, la prueba producida en el incidente tenía suficiente fuerza representativa para determinar -con el mayor alcance exigible- que la menor padecía un abuso sexual crónico intrafamiliar, incluso de larga data, y que no había indicios de una denuncia falaz o mentirosa. También era razonado suponer que el embarazo provenía de tal abuso sexual reiterado en el tiempo.

La prueba de ADN posterior no enerva lo actuado por el Juez de Instrucción en tanto: i) aunque parezca un argumento redundante, era efectivamente posterior y la actividad del magistrado debe ser analizada según la prueba producida al momento de decidir, la que proporcionaba razón suficiente a la hipótesis de un abuso sexual crónico; ii) la prueba era inadecuada para el incidente y útil para determinar la autoría en la violación, pues la muestra necesaria solo se puede obtener de los restos obtenidos luego de la interrupción del embarazo o luego del nacimiento, con lo que

///42.- no podía utilizarse para dilucidar la petición.- - - - - Por los fundamentos expuestos, debe hacerse lugar al recurso de casación deducido y revocar la decisión cuestionada con notificación a los organismos de Salud Pública de la provincia, tal como

propone el voto ponente. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - - Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.)- - - - - Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA R E S U E L V E :  
Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a ----- fs. 1/6 de las presentes actuaciones por el señor Defensor de Menores e Incapaces doctor Manuel Cafferata en representación de la menor T.N.- - - - - Segundo: Revocar el Auto Interlocutorio Nº 103 dictado el 14 ----- de abril de 2010 por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, declarando que el recurso de apelación interpuesto contra el Auto Interlocutorio Nº 63 del Juzgado de Instrucción Penal Nº 2 de dicha localidad devino abstracto por circunstancias sobrevinientes a su interposición.- - - - - Tercero: notificar la presente a la señora Ministra de Salud ----- de Río Negro y a la señora Directora del Hospital zonal de San Carlos de Bariloche.- - - - - Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los ----- autos a la Cámara en lo Criminal para su devolución ///43.-  
al Juzgado de origen a sus efectos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO  
PROTOCOLIZACIÓN:  
TOMO: 3  
SENTENCIA: 43  
FOLIOS: 526/268  
SECRETARÍA: 2

Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut sobre el caso A.G.

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 08 días del mes de Marzo del año dos mil diez, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. Fernando S. L. Royer y la asistencia de los Dres. Daniel L. Caneo y José Luis Pasutti, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**F. A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**", (Expte. N° 21.912-F-2010) y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 549 de conformidad con las Acordadas N° 3.202 y 3.204 correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Caneo, Pasutti y Royer.-----

----- Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente la casación de A. L. F., interpuesta a fs. 387/407 vta., fundada en el inc. "e" del art. 288 del C.P.C.C. y el recurso de casación e inconstitucionalidad de su hija menor, A.G., de fs. 408/501 vta. fundado el primero, en los inc. "d" y "e" del art. 288 y el segundo, en el inc. 4° del art. 300 del mismo ritual? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

----- A la primera cuestión el Dr. Caneo dijo:-----

#### ----- I.- ANTECEDENTES.-

----- I.1.- Para una mejor comprensión y solución del caso relataré en principio las actuaciones penales trascendentes originadas a raíz de la denuncia efectuada por la madre de la menor, caratuladas: "F. A. L. s/ Dcia. Abuso Sexual r/v hija menor", Caso 25.861.-----

----- El 3 de Diciembre del año 2009 la Sra. A.L.F., se presentó ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Comodoro Rivadavia y, conforme el relato que le formulara su hija, denunció que su merico "... el viernes 13 de Noviembre de 2009 a la noche, cuando todos comían, O.N. fue a la cama de A.G., que estaba durmiendo en la misma habitación con sus hermanas K.G. y L. N.. Ella se despertó y advirtió que N., le estaba sacando la ropa, quiso resistirse y él le hizo señas de que no dijera nada y se le sube encima queriendo

penetrarla. Ella sentía dolor y aunque ella no habló mucho, le dijo que le hizo doler y por preguntas de la denunciante a su hija cree que N. la penetró y eyaculó. A. le dijo que cuando N. salió de arriba de ella se fue al baño y vio que le sangraba la vagina y largó líquido. Dice que su hija tuvo miedo de gritar por las represalias que N. podía tomar contra su abuela que dormía en la habitación de los varones pues sabía que N. tiene su arma reglamentaria en la casa y que es violento pues ya le había pegado a la denunciante ...". Expresó que en ese momento ella había viajado a Buenos Aires por un control médico de otro de sus hijos y que los niños habían quedado al cuidado de la abuela materna, Sra. C.I.A., y de su esposo, Sr. N.. Reseñó también un episodio previo ocurrido cuando la niña tenía 11 años (fs. 1/vta.).---

----- A fs. 3, obra constancia de los antecedentes penales de N..-----

----- A fs. 5, certificado emitido por el médico policial, Dr. Claudio Pérez Cerda, del 03/12/09, veinte días después del hecho denunciado.-----  
-----

----- A fs. 25, la Sra. F. manifestó su preocupación personal de que el Sr. N. la dañe a ella o a sus hijos, fundó su temor en un episodio del que se tomara noticia, incluso, con intervención de la policía (fs. 12/15), puntualizó que A. se encuentra con mucho miedo de que su padrastro regrese al hogar a tomar represalias contra toda la familia, denunció que sabe que, a pesar que ella entregara en el Ministerio Público Fiscal el arma reglamentaria, el denunciado porta otra y, por considerar insuficiente la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento dispuesta solicita la detención del Sr. N..-----  
-----

----- A fs. 26, la Sra. F. dijo que cuando su hija tenía once años le relató que N. la había manoseado. Cuando A. le relato el abuso sexual padecido estaba presente la Sra. C.I.A., abuela de la menor A.. En relación al acceso carnal que originó el embarazo señaló que cuando la adolescente se lo contó llegaron al domicilio familiar donde se encontraba la abuela de la menor y le contaron los hechos. Manifestó que desconoce si hay otra persona que conozca los hechos.-----  
-----

----- A fs. 33/34, la Lic. Elsa Graciela Alvarez, psicóloga del E.T.I., informó el resultado de las entrevistas concretadas con A. y su madre. Reseñó datos significativos de la historia vital -"A. cursa noveno año en la escuela 731, su rutina en etapa escolar empezaba con la asistencia por la mañana a dicho establecimiento, al regresar a la casa, colaboraba llevando a sus hermanos al jardín de infantes, suele ayudar con las tareas en el hogar, quedaba en la casa por las tardes. Previo permiso de la figura materna suele salir a caminar en alguna ocasión con amigas. Aun no sale por las noches ni a matinee, ni boliches, etc."-, como así también datos relacionados con los hechos denunciados en autos -dinámica vincular intra familiar con aspectos disfuncionales, diferencias en el trato, modalidad violenta emocional y física respecto de su madre, figura materna débil, agresión física a la madre y a sus hijos biológicos, episodios de manoseos a los once años, circunstancias vividas en noviembre/09-. Al formular las observaciones diagnósticas puntualiza que en A. "La expresión de los afectos y emociones, se encuentra restringida, rasgo de personalidad que sería estable pero que en estos momentos se muestra potenciado. La angustia, dolor, son minimizados en su manifestación para evitar el sufrimiento de su progenitora, a quien visualiza excedida por todo lo que está viviendo. A pesar de este intento defensivo, la invaden sentimientos de impotencia, vergüenza, tristeza, enojo, miedo a la posible reacción agresiva de su padrastro, incertidumbre, y desconcierto frente a un posible embarazo. Agobio porque se trata del padre de sus hermanos pequeños. A lo que se suma las sensaciones de asco, suciedad, incomodidad que la invadieron en forma inmediato posterior a cada episodio de abuso. Transita un momento en el que las seguridades, tanto internas como las del entorno, se encuentran en crisis, haciendo un esfuerzo psicológico importante para conservar cierta estabilidad emocional, adoptando mecanismos defensivos rígidos, para evitar conectarse con lo traumático de su situación. El pronóstico en este aspecto es reservado en tanto dependerá entre otros aspectos de la confirmación o descarte por ejemplo del embarazo, de las capacidades de contención del entorno familiar, de sus recursos internos, de la posibilidad de apropiarse de asistencia terapéutica, etc."-----

----- A fs. 37/vta., se dispone la Apertura de la Investigación Preparatoria del juicio, se enuncian los hechos a investigar y se le imputa al Sr. O.N. el delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, al menos dos hechos en concurso real, en

concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (Art. 119, 1° y 5° párrafo en relación al 4° párrafo, inc. f y 3° párrafo en relación al 4° párrafo, inc. f y 55 del C.P.).-----

----- A fs. 48/vta., obra Acta de Audiencia por Control de Detención y Apertura de la Investigación Preparatoria en la que se deja constancia que el imputado no presta declaración, se tiene por formalizada la investigación fiscal, por anoticiado al imputado del hecho que se investiga en su contra, asegurada su defensa y se dispone la inmediata libertad de O.N., teniendo en cuenta la orden de prohibición de acercamiento que fuera dispuesta.-----

----- A fs. 60, obra certificado emitido por el Dr. Claudio Pérez Cerra, de fecha 23/12/09, el que da cuenta que A. cursa un embarazo de siete semanas de gestación.-----

----- A fs. 64, la Sra. A.L.F., en representación de su hija menor, con el patrocinio de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli, se presenta como querellante.-----

----- A fs. 83, la Sra. A.F., en representación de su hija menor, con el mismo patrocinio solicitó habilitación de ferias atento a que su hija se encontraba en la 8va. semana de gestación del embarazo y requirió que conforme a los antecedentes obrantes y la prueba aportada, se libre orden judicial a efectos de interrumpirlo. Fundó el pedido en lo normado por el art. 86, incs. 1° y 2° del C.P.. Solicitó que al momento de ordenarse la interrupción del embarazo se le indique expresamente al Hospital que adopte las medidas de preservación de los restos del feto y su puesta a disposición del Juzgado interviniente a los fines de las medidas de prueba que considere necesarias.-----

----- A fs. 85, la Fiscal General, Dra. Ferrari, sin perjuicio de su remisión, afirmó que el fuero penal no era el competente para resolver el pedido.-----

----- A fs. 93, obra Nota N° 42/10 del S.A.V.D., que pone en conocimiento las entrevistas mantenidas, el estado de salud de A. y las sugerencias que efectuaron a la macro.-----

----- A fs. 97, la Fiscalía interviniente requirió la realización de una pericia psicológica al imputado. La Psicóloga Forense solicitó se lo citara a N. para entrevistas diagnósticas.-----

----- A fs. 105, obra declaración testimonial de una amiga de A.. Relató conocerla desde hace cuatro años, que son compañeras de escuela, que pertenecen al mismo grupo de amigas y que ninguna tenía novio entonces salían juntas. Aporta detalles sobre circunstancias vividas en diciembre de 2009, faltó un par de días al colegio, fueron a verla a la casa y no se veía bien, miraba al padre con resentimiento, se volvió más seria desde principios de diciembre, me contó que su padrastro había abusado de ella, me dijo que él la agarró a la noche y que ella no quiso decir nada porque tenía miedo que la amenazara con su revolver a ella o a la mamá, había sucedido cuando su mamá viajó a Bs. As., me pareció que la vez que contó fue la primera vez que sucedía esto porque el cambio fue muy drástico en esa oportunidad.-----

----- A fs. 106, obra declaración de C.I.A., abuela materna de A.. Dice que se quedó cuidando a los chicos cuando su hija viajó a Bs. As., que no vio ni notó nada raro, que comía en la pieza con los nenes más chicos y las nenas dormían en otra habitación, que N. dormía en la habitación matrimonial y a veces, allí lo hacían también sus hijas de 11 y 4 años, que no vio ninguna conducta rara en A., que se llevaba mal con N. porque no la dejaba salir pero que ella lo respetaba, que N. le pegaba a su hija por discusiones que tenían los dos, que de noche no lo vio nunca entrar a la pieza ni vio nada fuera de lugar, que tampoco notó que A. estuviera preocupada o triste, que esto sucedió después que habló con su mamá, es ahí cuando empezó a decaer y se vio un cambio grande en ella.-----

----- I.2.- En esta causa, a fs. 17/18, la madre solicitó medida autosatisfactiva tendiente a obtener autorización judicial para que el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia interrumpa el embarazo de A., víctima de una violación, la fundó en el art. 86, incs. 1° y 2° del C.P.. Sostuvo que de continuar el embarazo se pondría en riesgo la salud

psíquica de la niña, se trata de un embarazo que proviene de una violación.-----  
-----

----- También requirió que al momento de ordenar la interrupción del embarazo se oficie 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 y que al tiempo de practicársela se autorice 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 ante el Ministerio Público Fiscal.-----

----- Relató, los términos de su denuncia penal, su viaje, cómo conoció los hechos que le contó su hija, sus actividades, cómo cambió su carácter luego de la violación.-----  
-----

----- Fundó la cautelar en lo resuelto en la causa "O., M. V. s/ víctima de abuso sexual", C.Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 21/02/07.-----  
-----

----- Relató que el 14/01/10 solicitó autorización al Juez Penal Dr. Rago para interrumpir el embarazo quien el 15/01 decidió que carecía de facultades de impulso de medidas durante la etapa investigatoria, por lo que la presentación debía pasar a la Fiscalía a sus efectos y ese mismo día la Dra. Ferrari no tramitó la misma por no ser competente el fuero penal.-----

----- A fs. 22, tomó participación la Sra. Asesora de Familia e Incapaces.-----  
-----

----- A fs. 25 vta., se notificó al Sr. V.L.G., progenitor de A., quien retiró copias de lo actuado. Nada contestó y no compareció al proceso.-----  
-----

----- Se nombró curador ad litem a la adolescente y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50 vta.).-----

----- Las psicólogas del E.T.I., a fs. 27, señalan que consideraron el efecto revictimizante de la intervención ya que la adolescente pasó por múltiples espacios en el contexto de la causa judicial. Informan que A. tiene un desarrollo evolutivo acorde a su edad sin indicios de patología psicológica de base, alteración del pensamiento o trastornos senso perceptivos. Indican, "...Sus rasgos faciales, la mirada, el tono y ritmo de la voz, denotan depresión. Se registra que ha decaído paulatinamente a partir de la confirmación del embarazo. Presenta síntomas depresivos: no tiene ganas de hacer nada, no quiere ver a las amigas, ha perdido el apetito, padece insomnio, está triste, presenta ideas suicidas persistentes. Mantiene estable la decisión de no llevar adelante el embarazo que ya manifestaba cuando éste aún no estaba confirmado. El embarazo es vivido como un evento extraño, invasivo, no es significado como hijo. La idea de hijo es incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo en su mundo interno es imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso por el tinte incestuoso. El impacto del ASI ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico. En este caso, debemos sumar el impacto producido por el embarazo, que complejiza enormemente la tarea reparatoria que la niña tiene que realizar. Así puede decirse que no existen en el presente caso opciones ideales de resolución. A. ha pasado por una situación traumática que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo curso no puede verse de antemano. Sin embargo es necesario destacar que en el presente se evalúa que desde el punto de vista psicológico, la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida. En cuanto a la evaluación de la situación familiar, se estima que A. está siendo apoyada y sostenida por el grupo familiar nuclear y extenso, asimismo apoyan la decisión de la niña. No se observa que la adolescente reciba ningún tipo de presión que esté condicionando esta decisión".-----

----- La Jueza de Familia, a fs. 28, ofició al Director Hospital para que informe si conforme a los Protocolos el aborto puede practicarse en condiciones lícitas y éste le contestó, a fs.

40, que previo a derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital Regional, era fundamental que informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el Código Penal Art. 86, ya que debía comprenderse que previo al análisis ético-médico de un pedido de interrupción de embarazo, debía determinarse si la persona presentaba alguna de las características excepcionadas por el código penal, ya que el encuadre no es materia opinable por el comité cuya colaboración se requiere. A fs. 80/81, el Dr. Pires, Jefe Dpto. Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, opina que es función del Comité de Bioética, solamente asesorar, no dictaminar y que la violación le consta a la justicia. Considera que el período límite de gestación para realizar la práctica solicitada es a las 10 semanas.-----

----- En cumplimiento del art. 12 de la C.I.D.N., la Juez de Primera Instancia tomó contacto personal con la joven en presencia de la Sra. Asesora Civil, su letrado y un miembro del E.T.I.. Surge del acta de fs. 38, que se le informó a la adolescente sobre las alternativas de tener al bebé con ella o darlo en adopción o no tenerlo, refiriendo la joven no quiere tenerlo porque esa situación le impedirá cumplir con los proyectos que tiene en su vida, como terminar de estudiar y ser alguien. Manifestó que en ese momento no podía pensar en otra opción, mostrándose dispuesta a recibir ayuda psicológica y psiquiátrica para evitar la angustia que siente y que la ayuden a pensar. Refirió que habló con sus hermanos, madre y padre y de rechazarse la interrupción del embarazo su mamá le ayudaría a criar al bebé. Al 13 de febrero se encontraba asistida por el Servicio de Asistencia a la Víctima.-----

----- A fs. 42., A. se presentó por su propio derecho, designó como sus defensores a los Dres. Helio Guillermo Álvarez y María Candela Recio. Designados como "abogados del niño", lo que se provee favorablemente a fs. 50 a tenor del art. 27 inc. "c" de la Ley N° 26.061.-----

----- El Médico Forense el 02/02/10, fs. 46, informó que la adolescente se encuentra cursando una gestación aproximada de 12 semanas, con fecha probable de parto para el 08/08/10, está compensada hemo-dinámicamente. Respecto a los riesgos o el peligro que podría generar en la joven la intervención quirúrgica -aborto terapéutico- solicitada, dijo que no difiere de los riesgos inherentes a cualquier intervención quirúrgica, del tipo mayor.-----

----- A fs. 49, tomó intervención en representación promiscua de A. y del nasciturus la Asesora de Familia e Incapaces.-----

----- A fs. 50/51, el 03/02/10, se requirió opinión médica al Comité de Bioética a fin de resolver el pedido de autorización formulado por la Sra. A.L.F., en representación de su hija A.G., de 15 años, para la realización de un **aborto terapéutico**, alegando la peticionante que de continuar con el embarazo se pondría en riesgo la salud psíquica de la niña, porque se trata de un embarazo que proviene de una violación y que tal hecho es imputado al cónyuge de la progenitora y que se expida sobre el riesgo a la salud o vida de la madre y si el mismo puede evitarse por otros medios y que informe hasta qué período de gestación es posible la práctica solicitada -----

----- A fs. 66, ídem. fs. 112 de la causa penal, el Servicio de Asistencia a la Víctima del delito, a más de señalar sobre las circunstancias en que brindó asistencia victimológica a la adolescente y a su madre, informa que registró en la primera una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas y que se le indicó a la madre que debía en forma urgente realizar una consulta psiquiátrica/psicológica a fin de iniciar tratamiento.-----

----- Tomó participación la tutora ad litem del nasciturus, a fs. 72/73, negó que sea procedente la autorización judicial para realizarle a A. un aborto provocado; que el nasciturus sea fruto de un acto sexual no consensuado; que se den los requisitos del art. 86 del C.P., y también los restantes hechos expuestos al requerir la medida. Desconoció documental acompañada. Afirmó que el caso no encuadra en las previsiones del art. 86, incs. 1 y 2 del Código Penal, que se trata de un simple aborto. Analizó supuestos en los que se consideró procedente el aborto terapéutico. Dijo que la vida de la adolescente, su salud física o psíquica no se encuentra comprometida y que debía primar el derecho a la vida del nasciturus, que debe buscarse una interpretación amonizante. Afirmó que la afección en la salud psíquica de A., está originado en el o los abusos sexuales que pudo haber padecido desde los 11 años y la violación como acto autónomo en sí, y que existen otros medios, a más del aborto, para evadir los riesgos de que se afecte más la salud y así evitar la muerte del bebé. Analiza alternativa, el daño que puede generar el propio

aborto. Razona sobre la tutela jurídica del nasciturus, analiza la importancia del derecho a la vida, afirma que es titular de dicho derecho desde su concepción. Refiere que madre e hijo estén contemplados en la CDN y protegidos por ella en un pie de igualdad, pero que es necesario proteger la vida en la etapa de mayor indefensión, porque de interrumpirla, se clausura la subsiguiente. Resalta que en nuestro ordenamiento jurídico ningún valor es superior al de la vida, el médico debe respetar el juramento hipocrático, in dubio pro vida, interés superior del niño, total independencia de la personalidad del niño respecto de la madre.-----

----- Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia, a fs. 82/83, informan que al 9 de febrero, A. presenta: sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los once años; ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; también dicen, que puede comprender alternativas a la interrupción del embarazo, pero se niega a ello. Exponen que es reflexiva y conciente de su situación actual manifestando que su plan de vida y sus proyectos a corto y largo plazo, se alteraron por la situación traumática de la violación y el embarazo. Sugirieron continuidad de tratamiento psicológico para acompañar a la niña en la elaboración del daño psíquico y emocional causado.-----

----- A fs. 88, A. se opone a medicas probatorias requeridas por la tutora ad litem del nasciturus por no considerar necesario continuar sometiéndose a estudios y/o entrevistas que son, a su juicio, repeticiones innecesarias e invasivas que agudizan la afectación de su salud psíquica.-----

----- La psicóloga del E.T.I., a fs. 92, expone que entrevistados los miembros de la familia, estos coinciden en apoyar la decisión de la adolescente de interrumpir el embarazo por ser, a sus juicios, la mejor alternativa para la traumática situación; no consideran otras opciones, temen que A. atente contra su vida, algunos tienen la certeza de que esto sucederá de obligarla a seguir adelante, responsabilizando al sistema judicial por lo que pudiera pasarle. No entienden como no se aprueba la solicitud cuando el embarazo es producto de la violación perpetrada por una persona integrada al seno de la familia en condición de padrastro y A. es una niña; indicaron que la ven decaer, que no quiere salir, no tiene ánimo para levantarse, no come, etc.. Dijo, que se registra que todos brindan apoyo y contención a A. y que los lazos que los unen son positivos y sólidos, aún

tratándose de una familia ensamblada con una integración múltiple.-----  
-----

----- A. a fs. 114/123 solicitó que se resuelva. Meritó la prueba producida. Señaló que sin polemizar si procede o no la autorización judicial, lo cierto es que compareció ante el Poder Judicial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. Analizó la configuración de los supuestos normados por ambos incisos del art. 86 del Código Penal. Efectuó consideraciones referidas al derecho a la vida, su dignidad, todo en apoyo de abundantes citas jurisprudenciales y de doctrina.-----

----- Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, a fs. 125/126, informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Ante los dichos de la adolescente durante la entrevista efectuada respecto de la ideación suicida en caso de que el embarazo no sea interrumpido, como profesionales de la Salud Mental no podemos desestimar la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas; este criterio es aplicable independientemente de las características de la personalidad, edad, sexo y/o cuadro psicopatológico que presentara cualquier sujeto. Se entiende por pasaje al acto la concreción de autoagresiones, de características leves a graves, encontrándose en consecuencia, continuo riesgo de vida ... siendo el potencial riesgo la emergencia de automutilaciones u otras conductas autoagresivas e intentos de suicidio ... En la actualidad el embarazo es vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no sea el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal. En el caso de continuar con el embarazo, la adolescente y su familia deberán elaborar la situación traumática que el mismo implica, al no ser deseado y ser producto de una relación sexual no consentida (violación) perpetrada por un miembro de la familia. Por ello se recomienda acompañamiento terapéutico familiar e individual permanente. La adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales ... creemos que la decisión jurídica a adoptar debe asegurar la salud psicofísica integral de la adolescente en situación de vulnerabilidad y riesgo".-----

----- A fs. 128, el jefe del Departamento de tocoginecología del Hospital de Comodoro Rivadavia expone el, 15/02/10, que A. cursa un embarazo de 3 ½ mes, 16 semanas, y que dado lo avanzado de su edad gestacional, considera que es mas riesgoso para la paciente la interrupción del mismo, que continúe con su embarazo a término, más cuando está cursando un embarazo de características normales.-----  
-----

----- A fs. 129/139 obra información sobre las complicaciones médicas del aborto.-----  
-----

----- El Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional, a fs. 140/143, el 15 de Febrero, expone que la práctica abortiva no fue requerida a médico de ese nosocomio. Concluye con respecto al riesgo de suicidio que no puede descartarse que el mismo se lleve a cabo por la adolescente, propone para evitarlo acompañamiento terapéutico permanente, familiar e individual para A. y su familia. Expone que no se evidencian trastornos a la salud física, el embarazo es compatible con gestación de 16 semanas sin evidencia de malformaciones. En cuanto a los riesgos de la interrupción del embarazo remite a bibliografía que acompaña y obra a fs. 129/135. Efectúa consideraciones sobre los derechos del nasciturus refiriendo a jurisprudencia y doctrina en casos similares. Reseña circunstancias éticas a considerar: la vida del hijo y de la madre, se admite que la joven padece un incudable daño psíquico pero entiende que el daño ya esta causado no esta probado con ninguno de los informes que la continuidad del embarazo provoque un daño psíquico autónomo. Parece reconocer las secuelas psíquicas del aborto. A fs. 143, puntualiza que el caso no encuadra en el inc. 2 del art. 85 del C.P. Desde el punto de vista psicológico, en caso de no practicarse el aborto, existe riesgo para la salud de la madre en razón de su ideación suicida. Desde el punto de vista físico, en caso de practicarse el aborto también existe riesgo para la vida por el avanzado estado gestacional. Limita el tiempo para la realización de la intervención a las diez semanas de gestación. Concluye que de continuar el embarazo el riesgo para la vida de la madre puede controlarse por otros medios, el daño psíquico ya padecido no se corrige con la interrupción del embarazo. Si se practica el aborto existen riesgos de complicaciones que pueden hacer peligrar la vida de la embarazada a lo cual se agrega el daño psíquico que produce el aborto. Se pronuncia por la no interrupción del embarazo ---  
-----

----- Las actuaciones que obran desde fs. 124 a 143 fueron acompañadas por el Sr. Director del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia y de las mismas tan solo se corrió vista a la Asesora de Menores a fs. 145, cuando debió darse traslado de dichas actuaciones también a la menor, a la tutora ad litem del nasciturus y a la madre teniendo en cuenta los intereses contrapuestos.-----

----- Representando promiscuamente a la adolescente gestante y al nasciturus, a fs. 146/151, se presentó la Asesora de Menores en el carácter de Ministerio Pupilar, describió los hechos y la prueba producida -tomó por acreditada la violación-, efectuó consideraciones acerca del derecho a la vida y del derecho a la salud. Entendió que son una sumatoria de hechos indeseables los causantes de la depresión de A. Opinó que el riesgo de suicidio es potencial que no se probó un riesgo psicofísico autónomo exclusivamente derivado del embarazo. Afirmó que el derecho a la vida prevalece a toda otra cuestión que se plantee por lo que entiende que no es necesario compatibilizar el deseo de la niña en cuanto a la interrupción del embarazo y el derecho a la vida. Afirmó que el embrión es una persona distinta a la gestante. Dijo que la autorización para abortar que se solicita no se encuentra prevista en la legislación, que lo pretendido, la autorización para abortar, es una conducta punible a la que no debe accederse pues el caso no se encuentra dentro de las previsiones del art. 86 del Código Penal. Se enroló en la postura restrictiva de interpretación de dicha norma. Sostuvo que los padecimientos psicológicos de A. ya existen, sin desconocer que pueden agravarse con el avance del embarazo, sin embargo deben ser seriamente tratados por profesionales especializados del sistema de salud. Dijo, la ciencia médica avanzó existen métodos que llevan a cualquier mujer a parir sin dolor; A. debe llegar a ese momento acompañada, contenida y evitando mayores padecimientos para ella y para el nasciturus; frente a la petición de muerte de un inocente hay que valorar tal alternativa pues con ella se protegen dos vidas, sino se mataría una por el potencial riesgo psicológico e ideación suicida que el sistema de salud deberá abordar de inmediato a los fines de revertir. Comparó la corriente restrictiva, que, a su juicio, le permite priorizar la vida y la salud de sus dos representados sin distinción ni discriminación. Solicitó medidas para la contención durante el embarazo y luego del nacimiento.-----

----- A fs. 153/169, obra sentencia de Primera Instancia, que rechazó la solicitud para la

interrupción del embarazo y dispuso medidas de protección de la joven embarazada y su grupo familiar. La Apelaron, a fs. 194 la Sra. F., en representación de su hija y ésta, a fs. 196, en esta oportunidad impugnó lo dictaminado por el Comité de Bioética.-----

----- Corresponde destacar que según fs. 198 el Servicio de Asistencia a la Víctima brindó asistencia a A. hasta que inició tratamiento con la Lic. Mamani necesidad tratamiento más profundo, evitar superposición de abordajes- y compañía en el proceso penal en curso como parte de la asistencia victimológica y continúa con la asistencia brindada a la Sra. F. y a K.G.-----

----- A fs. 206/207, funcionarios del Servicio de Protección de Derechos hacen referencia a que la superposición de las intervenciones ordenadas facilita la revictimización.-----

----- A fs. 208, la médica, Jefa de la División Adolescente del Hospital Zonal de Trelew siguiendo los lineamientos de la Federación Latino Americana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, informa que "Actualmente se cuenta con la posibilidad de realizar el aborto medicamentoso o farmacológico, por medio de la administración de medicamentos: en nuestro medio es utilizado el Misoprosol, indicado en todos los casos en que se requiera la intervención segura del embarazo, sea en el primer o en el segundo trimestre de la gestación, o sea que puede ser utilizado hasta la semana 20 de gestación" y a fs. 209 a 217, consta respaldo bibliográfico publicado por FLASOG, en la obra fotocopiada, "Uso de Misoprostol en Obstetricia y Ginecología", Ed. Anibal Faundes, 2007, Capítulo 4, págs. 59/75, del cual surge que el aborto puede practicarse hasta las 22 semanas de gestación, antes del inicio del periodo perinatal según la O.M.S.. La interrupción del embarazo por vía quirúrgica en la actualidad es un método de excepción; el más moderno y de mayor seguridad para la paciente es el medicamentoso o farmacológico, también más aceptado, de bajo costo, de fácil administración y utilización. Los efectos adversos del método farmacológico, en su mayoría, no llegan a generar complicaciones médicas o quirúrgicas mayores, y en general cesan a las 24 horas posteriores a su administración.-----

----- A fs. 259, la tutora ad litem del nasciturus expuso que consentía la sentencia de

Primera Instancia y que no contestaría las apelaciones de A. y su madre.-----  
-----

----- A fs. 262/263, este expediente se eleva a la Cámara, el que a fs. 267, se hace saber a las partes quienes integrarán la misma y lo consienten. Luego se corre traslado de la expresión de agravios fundantes de la apelación de A. a la tutora ad litem del nasciturus y se corre vista a la Asesora de Menores. La tutora, a fs. 268 vta., desistió de contestarlos y a fs. 319/325 vta. la Asesora de Familia, contestó la vista, se expidió sobre el método farmacológico referido por la médica, Jefa de la División Adolescente del Hospital Zonal de Trelew y dio por reproducido su dictamen de fs. 146/151.-----

----- A fs. 273 consta que la Cámara dio cumplimiento con la disposición contenido el art. 130 de la Ley Provincial N° 4347.-----

----- **II.- SENTENCIA DE LA CAMARA.-**

----- La Sala "B" de la Cámara de Apelaciones dictó sentencia a fs. 350/379 vta. y confirmó la decisión de Primera Instancia.-----

----- El voto de la mayoría coincidió en que al encontrarse enfrentados el derecho a la vida de la adolescente embarazada y la del nasciturus debía privilegiarse la de éste en tanto la vida comienza desde la concepción.-----

----- El Dr. Alexandre expuso que no se demostró un peligro cierto de un desenlace dramático por parte de A.G., ni que el acreditado no pueda ser mitigado, siendo un riesgo que en mayor o menor medida afrontamos los seres humanos en razón de enfermedades crónicas o circunstancias de variable intensidad, trances de la existencia que pueden ser sorteados mediante tratamientos y cuidados especiales, razón por la cual se sugirieron medidas en la instancia de grado. No es claro en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 86 del C.P.. Afirma que son el médico y la embarazada quienes deben decidir; que la doctrina y la jurisprudencia han cuestionado la solicitud de venias judiciales; que no procede la intervención de la justicia cuando de lo que se trata es de un acto lícito, y si la conducta constituye un hecho ilícito los magistrados no están facultados para autorizar la realización.-----

----- El Dr. Nahuelanca, privilegió la vida del nasciturus fundando su posición en los Tratados Internacionales; el Código Civil y normas de la Constitución Provincial.-----  
-----

----- Expuso que lo relevante es que con tales antecedentes del derecho constitucional, resulta indiferente la interpretación adoptada respecto al art. 86 del C.P., el que se encuentra derogado tácitamente y que de practicarse el aborto, siguiendo lo opinión del Comité de Bioética se pone en riesgo la vida de la joven.-----

----- El voto minoritario consideró que debía concederse autorización para la interrupción del embarazo de la menor.-----

### ----- III.- RECURSOS DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD -

----- La madre de la menor interpuso casación por arbitrariedad, a fs. 387/407 vta. y a fs. 408/501 vta. A.G., dedujo casación fundada en las causales previstas en los incisos "d" y "e" del art. 288 del C.F.C.C. y de inconstitucionalidad (art. 300 inc. 4° del rito), los recursos se declararon admisibles a fs. 514/515 y se puso el expediente a disposición de las partes presentándose el Dr. Arnaldo Hugo Barone a sostener el recurso por A. G. a fs. 519/521 vta. y el Dr. Alfredo Pérez Galimberti, en calidad de Asesor, representando promiscuamente a la menor y al nasciturus, a fs. 539 y vta. y por éste último, a fs. 544 y vta.-----

----- Contestó la vista conferida el Sr. Procurador a fs. 545/547 vta.-----  
-----

### ----- IV.- ANÁLISIS.-

----- I.- En primer término he de señalar que dada la envergadura y trascendencia del asunto que hoy le toca resolver a esta Sala; y la celeridad que la propia naturaleza de la petición impone, considero que en este caso, y de modo excepcional, sortearé las deficiencias de tipo técnicas de las que adolecen los libelos recursivos. En definitiva, estoy convocado, junto a mis colegas, a abordar un tema de máxima dimensión institucional.

Ello es así, porque -como lo sostuvo el Dr. Morello- "... los Jueces de Corte no son fugitivos de la realidad. sus oídos están alertos a los reclamos, creencias, valores y orientaciones o expectativas de la gente. Saben que están en la mira de sus coterráneos, atentos a captar cuáles serán los pasos que dará el órgano frente a los graves - trascendentes- temas de su tiempo (Conf.: Morello, Augusto Mario, "La Corte Suprema en el Sistema Político", Ed.LexisNexis, Año 2005, págs. 9/10, ap. IV.).-----

----- II.- La pretensión jurídica interpuesta, consiste en requerir al Órgano Jurisdiccional una verba que autorice una conducta determinada, que en el sub-lite, se traduzca en un pedido de autorización de aborto de la menor que fue violada por su padrastro, conforme a lo normado por el art. 86, incisos 1 y 2 del C.P. (fs. 17/18 vta.). -----

----- III.1.- En el marco de esta pretensión; y la premura que amerita este caso, tan sensible y doloroso, entiendo que es de vital importancia que me expida -de modo preliminar- acerca de la necesidad de un requerimiento judicial como el de marras para darle operatividad a la norma en la que se suscita el pedido de la menor. En efecto, de la simple lectura del texto expreso de la norma -hoy vigente en nuestro derecho positivo- se observa que en ninguno de los supuestos contemplados por el artículo en cuestión se impone una autorización previa a la jurisdicción para practicar el aborto; el legislador así no lo ha querido, y precisamente, porque en el marco regulatorio de las excepciones contempladas, por su propia esencia, la ingerencia del poder judicial se muestra incompatible frente a ellas. Es una exigencia adicional que a la mujer se le representa como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos permitidos por la Ley. El legislador no ha dejado en manos de los jueces, y en estos casos particulares, la tarea de preferir la vida de una u otra persona; porque -precisamente- el mismo consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la mujer, víctima de una violación. Razones legales, médicas y éticas hacen que una decisión de esta naturaleza no sea complementada o integrada por el órgano jurisdiccional.-----

----- El protagonismo y la intervención necesaria, se han colocado en cabeza de la mujer, que es la que debe prestar el consentimiento y en un médico diplomado dictaminar y

aplicar la intervención que corresponda; y ello trasunta por los caminos de "legalidad", "de la no punibilidad". No es el juez el que habilita o autoriza sino la misma norma. Pero quiero, dejar bien en claro, que el hecho de que el Código Penal establezca un régimen de excepcionalidad a la punibilidad del aborto, no autoriza a desconocer la obligación positiva de proteger, en general, la vida desde la concepción; ni mucho menos, entender que se está ante una vulneración a los compromisos asumidos por la Argentina en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Es por ello, que comparto plenamente lo dictaminado, en este sentido por el Sr. Procurador General al afirmar que "...verificadas las circunstancias previstas por el legislador penal en el art. 86, el aborto no será punible penalmente... se trata de una decisión del Legislador Nacional. El principio de reserva importa afirmar que las conductas que no están prohibidas están permitidas, de modo que es la propia ley la que habilita a los médicos diplomados a realizar la práctica..." (fs. 547, cuarto párrafo in fine).-----

----- Vale precisar aquí, en conjunción con lo expresado precedentemente, que en estos actuados no he observado a lo largo de toda su tramitación, alguna constancia fehaciente que me permita inferir, y tener por cierta, una negativa infundada del Hospital Público que la haya constreñido a A. a acudir a la Justicia en amparo de sus derechos; en cuyo caso su intervención podría devenir necesaria y habilitaría la participación de la Justicia. Esta situación no se ha dado en autos.-----

----- III.2.- Amén de ello, y a esta altura de las circunstancias, la solicitud de autorización de A., en donde está patentizado su consentimiento, como también en otras actuaciones, el de sus progenitores, ha tenido su curso procesal; resoluciones en las instancias ordinarias, y recursos ante esta Instancia, que ineludiblemente, imponen a esta Corte un pronunciamiento al respecto, y desde ya adelante, que la postura que llevaré al acuerdo; y en su caso si es compartida por mis colegas de Sala, tendrá el carácter de un decisorio declarativo para darle a A. una respuesta.-

----- Por otra parte, debo decir, que ante esta instancia, no se convocó a audiencia a la menor, porque hemos entendido, que era innecesario, en virtud a las pruebas colectadas y producidas en autos; y por la exposición constante a la que fue sometida para la realización de evaluaciones y abordajes institucionales, que no hicieron más que agravar las vivencias de victimización a las que ya estaba sometida con su victimario (fs. 126,

segundo párrafo).-----

---- IV.- La sentencia de la Cámara de Apelaciones atacada, confirmó con un voto en disidencia, el decisorio de la Sra. Jueza de Familia, que dispuso el rechazo de la autorización de la menor para la interrupción del embarazo.-----

---- Los recursos extraordinarios interpuestos son coincidentes, en líneas generales, en que la arbitrariedad achacada a la sentencia en crisis, se muestra patente por un quebramiento al art. 86 en sus incisos 1° y 2° del C.P., a la luz de la interpretación que expusieron y que terminó con el rechazo de la solicitud de A.-----

---- En este marco, y expedita la senda extraordinaria, no queda otra alternativa de resolución, que enjuiciar la correcta aplicación del Derecho a la luz de las especialísimas características que se reúnen en este caso. Es función primordial de la Corte determinar el real significado jurídico sobre los hechos definitivamente incorporados al proceso; o como lo sostuvo la C.S.J.N., optar por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (Conf.: Fallos; 302:1284).-----

---- V.- En efecto, del estudio y análisis meditado de autos, pese al inexorable transcurso del tiempo -habida cuenta que A. se encuentra pronto a cursar la vigésima semana de embarazo-, entiendo que la situación de la peticionante encuadra en el inciso 2°, primera parte del art. 86 del C. Penal; coincidiendo con la doctrina mayoritaria que se enrola en la tesis amplia que entiende que la previsión legal contempla tanto el "aborto eugenésico" (violación a una mujer idiota o demente), como el "aborto sentimental o moral" (violación de una mujer normal).-----

---- Conforme a las constancias obrantes en autos y de las que emergen del expediente penal, que tengo a la vista, la gestación de la adolescente tuvo su origen en un acto de abuso sexual -violación- del que ha sido víctima, con el agravante repugnante, a la dignidad humana, que la autoría es atribuida a su padrastro; y digo esto, porque si bien el

ofensor no es el padre biológico de la menor, en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado, por su propio tinte incestuoso. En su mundo interno es imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería el hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre (informe del E.T.I., 28/01/2010, fs. 27 y vta.). A. ha pasado por una situación traumática, que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico, el impacto del ASI ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico, al que se debe sumar, el impacto producido por el embarazo, que complejiza enormemente la tarea reparatoria que la niña tiene que realizar. Se evalúa, también, que desde un punto de vista psicológico, la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (mismo informe, fs. 27 vta.). Consecuentes, con lo informado por los profesionales de la medicina, el Dr. Martellosi (Lic. Psicología) y el Dr. Soria (Especialista en psiquiatría)(09/02/2010), también, informan al Tribunal que la paciente al ser entrevistada el 05/02/2010 presentaba sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violación sufridas desde los once años. Presenta ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; puede comprender alternativas a la interrupción del embarazo, pero se niega a ello. Es reflexiva y conciente de su situación actual, manifestando que su plan de vida y sus proyectos a corto plazo, se han visto alterados por la situación traumática de la violación y el embarazo (fs. 82 y 125). La adolescente se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido al daño psíquico producido luego de cuatro (4) años de abusos y violación (fs. 125/126).-----

----- Como lo exponen con claridad los informes médicos-psicológicos, el acto aberrante del que ha sido víctima A., ha violentado su dignidad personal, su integridad física, moral e intimidad personal. Estamos frente a una adolescente que se encuentra en una situación de riesgo y vulnerabilidad. Existe un grave peligro en la salud psíquica de la menor, ya quebrantada enormemente con los padecimientos de los que ha sido víctima desde niña con el padrastro.-----

----- V.1.- En base a la línea de pensamiento que vengo desarrollando, estoy convencido, e insisto, que son razones legales y médicas; las que me vedan como juez, en los casos contemplados en el art. 86, inciso 1 y 2 del C. P., conceder este tipo de autorizaciones, pero no por ello me siento obligado a rechazarla de plano.-----

----- Debo darle a A. una respuesta conforme a Derecho; y readecuar su petición, con el sólo hecho de reconocer los Derechos Personalísimos e Inalienables, de los que ella es Titular por ser una Persona Humana; y que incluso, son superiores al Derecho Positivo que rige en un Estado de Derecho como el nuestro.-----

----- De este modo, el consentimiento que la Ley Penal está requiriendo para hacer efectiva la práctica, es el que debe emerger desde su propio fuero interior, despojada de toda ingerencia externa que la pueda condicionar en su decisión, en cuanto ella es libre, está dotada por naturaleza del libre albedrío; y si bien, a través, del pedido de autorización surge el consentimiento que le exige la ley para el aborto, quiero que A. sepa que este derecho se le mantiene inalterable, pudiendo incluso no darle en el momento mismo de realizar el aborto; y aún cuando las condiciones médicas en esa oportunidad lo permitan.--  
-----

----- VI. Otra cuestión que debo evaluar en este caso, se enfrenta con la gravísima problemática en la que se encuentra la menor y todo su grupo familiar; y visto en especial los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario que dan cuenta que A. integra una familia ensamblada con integración múltiple, y que su dinámica vincular es disfuncional; aún cuando se ha registrado que todos los miembros de la familia brindan apoyo y contención a A. (fs. 8/9, y 92 y vta.); propongo que se disponga la continuidad del tratamiento psicológico que ya está recibiendo la menor y que debe estar -además- orientado a todo el grupo familiar conviviente, debiéndose notificar al Hospital de Comodoro Rivadavia y arbitrar la Sra. Jueza de Familia, como directora del proceso, todas las medidas necesarias para que se cumpla con el tratamiento.-----

----- VII.- Por último, y para terminar, no puedo dejar de considerar, que en el supuesto legal de análisis, el que toma el protagonismo, al igual que la mujer, es el "médico diplomado", porque es el único dictado del bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permite apreciar si se dan las condiciones para la práctica del aborto no punible. La norma así lo indica y no pueden supeditar su actuación a la intervención judicial. Deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias. El cumplimiento de las normas jurídicas es un deber del profesional, y su

incumplimiento es susceptible de sanción legal cuando se nieguen en forma no justificable a la constatación de alguna de las causales previstas en el art. 86 del C.P. y/o la consecuente prestación del servicio. Los casos de "Abortos no Punibles", son uno de los tantos componentes que integran el servicio de salud, por lo que se deben respetar los estándares de calidad, confidencialidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información certificada actualizada.-----

----- Es por ello, que resulta de vital importancia, que los profesionales de la medicina, a pesar de la vigencia de la norma, cuenten con instrumentos, tales como protocolos, reglas o guías que se ocupen de la atención integral de los abortos no punibles; recordando que esta fue una de las observaciones que hicieron los Comités de Derechos Humanos. Estos instrumentos tienen el fin de reducir y con el tiempo evitar las barreras u obstáculos que se les presentan a las mujeres cuando acuden al servicio de Salud Pública; y los numerosos abortos no punibles que se dan, innecesariamente, en la clandestinidad.-----

----- De hecho, la Argentina, a través, del Ministerio de Salud de la Nación, en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, adoptando el criterio amplio de interpretación de los abortos no punibles previstos en el art. 86, incisos 1 y 2 del C.P., elaboró la "GUIA TECNICA PARA LA ATENCION INTEGRAL DE LOS ABORTOS NO PUNIBLES" que de acuerdo a sus contenidos, contempla los aspectos jurídicos (marco jurídico, principios definiciones, etc.) y médicos (características del servicio y métodos seguros de interrupción del embarazo y seguimiento). En esta línea, siguió la Provincia de Buenos Aires que reglamentó la atención de los abortos no punibles en los hospitales públicos (año 2007); luego siguieron el mismo camino, la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe, año 2007), por una Ordenanza; la Provincia de Neuquén y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es por todo ello, que sería de suma utilidad que nuestra Provincia cuente con un instrumento adecuado en este sentido; a pesar que nuestros profesionales de la salud igualmente tienen a su alcance la Guía Técnica de la Nación.-

----- A la misma primera cuestión el Dr. Pasutti dijo:-----

----- I.- Reseñó con detalle el vocal pre volante los antecedentes de la causa, los recursos de casación interpuestos, las causales en que se encuadraran los mismos y el trámite que

se les diera por ante este Superior Tribunal, por lo que razones de economía procesal exigen remitir a la reseña ya efectuada.-----

----- La Corte ha dicho en reiteradas ocasiones que la interpretación de las normas de derecho común y procesal es asunto ajeno al recurso extraordinario, pero por excepción sí compete conocer al tribunal en el recurso -aparte de la hipótesis de sentencia arbitraria- “presentándose una cuestión que implique gravedad institucional en una litis, no hay obstáculo para que “no puedan quebrarse los moldes procesales que circunscriben la jurisdicción apelada” de la Corte Suprema” (C.S., Fallos, 300:1110) (S.T.J.CH., S.I. N° 105/S.R.E./07, con cita de SAGÜÉS, Nestor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario”, Tomo 2, 4ta. Ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea 2002, págs. 282 y sgtes.).-----

----- Ya he dicho con anterioridad que la gravedad institucional se trata de un concepto elaborado pretorianamente por la Corte Suprema, en ocasión del recurso extraordinario; y que tal doctrina le permite actuar “en cumplimiento de una alta tarea de política judicial, impuesta por la firme defensa del orden constitucional y afirmada de tal modo como su más delicada e ineludible función jurisdiccional (Conf.: C.S.J.N., Fallos, 323/337). En un sentido amplio, nuestro máximo Tribunal Nacional la conceptualizó como aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad (Conf.: v.gr., C.S.J.N., Fallos, 247:601; 255:41; 290:266; 292:229, entre otros muchos más). Esta misma línea interpretativa es la que sigue este Cuerpo desde tiempo atrás, señalando por ejemplo, que debe tratarse de una resolución que trascienda el campo estrictamente privado en que se ha trabado (S.I. N° 6/82 y 12/83, S.D. N° 11/S.R.E./07, entre otras).-----

----- En lo personal creo que la gravedad institucional comprometida en el caso resulta evidente, no sólo por la trascendencia social de la cuestión planteada, en virtud de que lo que se resuelva afecta el interés de toda la comunidad, sino también por los valores constitucionales en juego, cuyo análisis podría llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado, y la palmaria necesidad de contar con una interpretación judicial sobre el punto, máxime a la luz del contenido de los pronunciamientos antecedentes y las consecuencias que pudieran derivarse de la interpretación de los mismos.-----

----- Por tales razones considero que este Superior Tribunal de Justicia no puede eludir el tratamiento de la cuestión de fondo en debate y debe ingresar en su análisis aún cuando fuera deficiente el cumplimiento de recaudos de admisibilidad exigidos por el recurso extraordinario (art. 303, inc. 4°, C.P.C.C.).-----

----- II.- Previo a ingresar en el estudio de la cuestión planteada entiendo oportuno precisar que de la lectura de los antecedentes obrantes en el presente proceso resulta clara la decisión sostenida a lo largo del trámite por A. G. y su familia.-----

----- Ello así, es innecesario e inconveniente pretender que concurra ante este Tribunal para escucharla una vez más, máxime cuando son varios los profesionales de la salud que han señalado que la superposición de intervenciones facilita la revictimización (ver fs. 27, 198, 125/126, 206, 207) Basta puntualizar que a fs. 125/126 los Lics. Martelossi, Martinug, Astudillo y Acuña, textualmente expresan que "... La adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales ...".-----

----- Por otra parte, cualquiera sea la decisión a la que en definitiva se arribe, aún cuando este Tribunal haga lugar a su petición, lo cierto es que persiste en cabeza de A.G. el derecho de variar su decisión hasta el momento en que la práctica que pretende se autorice se lleve a cabo.-----

----- III.- Ffectuada tal aclaración, a fin de definir la procedencia o no de la solicitud de interrupción del embarazo he de comenzar el análisis por el derecho positivo argentino, el que cuenta con el art. 86 del C.P. que establece: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. 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; 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".-----

----- Si bien coincido, en principio, con el criterio sostenido por la mayoría de la S.C.J. Buenos Aires en que en los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del C.F. no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación (S.C.J.B.A., "R., L. M., 31/07/2006, La Ley Online), entiendo que en el caso, dadas sus particulares circunstancias, es exigido un pronunciamiento concreto sobre el punto requerido. A.G. recurrió al Poder Judicial en protección de sus derechos, transitó un largo camino hasta llegar a este Superior Tribunal, su situación demanda definiciones claras, precisas y urgentes, por lo que no conforma, no satisface, una decisión que no se pronuncie expresamente sobre el tema en debate.-----

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, añade 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 puedan conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (C.S.J.N., 23/11/2004, "M., S. A.", Lexis N° 1/1004367).-----

----- IV.- La norma contenida en el Código Penal, *ut supra* individualizada, no fue modificada por el Poder Legislativo con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.-----

----- El conflicto acerca de si la vida del *nasciturus* tiene el mismo valor que la de una persona nacida, si la autonomía de la mujer gestante debe competir con algún valor asociado a la vida del feto, es un conflicto que, en nuestro sistema democrático, debe ser decidido y resuelto a través del proceso colectivo de discusión y decisión, por medio de los canales institucionales previstos a tal efecto.-----

----- La Argentina incorporó a su Constitución Nacional, con igual rango, distintos tratados internacionales. El Poder Legislativo mantuvo la decisión asumida en cumplimiento de su rol institucional respecto del conflicto existente entre los distintos derechos involucrados. Ponderó los valores en juego, definió cómo deben prevalecer los distintos derechos

comprometidos, incorporando una norma expresa en el Código Penal que contempla supuestos de abortos no punibles y mantuvo tal definición aún con posterioridad a la reforma constitucional. El legislador ya optó, ante determinados supuestos, por la preeminencia de la vida de la persona que ya la goza en plenitud.-----  
-----

----- Frente a ello, la competencia del Poder Judicial debe limitarse a verificar que la norma en cuestión sea compatible con las garantías consagradas con rango constitucional y a interpretar y fijar el alcance de los supuestos contemplados por el art. 86 del C.P.-----

----- La C.S.J.N. ha señalado que “la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público”, ello sin perjuicio del control de constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución Nacional al Poder Judicial (C.S.J.N., “S., J. B. c/ S., A. M., 27/11/86, I.I., 1986-E-648).-----  
-----

----- En tal sentido, tal como lo sostuvo el vocal que me precediera en la votación, adelanto que considero que el art. 86, en la porción que se analiza en el presente pronunciamiento, no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, en tanto la norma es consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del por nacer, de hecho parte de la base de considerar al aborto como una conducta antijurídica, el principio que protege la vida desde la concepción es una norma de carácter general que puede admitir excepciones, tales las consagradas por la norma en debate, y el supuesto de no punibilidad consagrado normativamente y que ha de analizarse a continuación, en detalle compromete otros derechos fundamentales de rango análogo -v.gr. dignidad, salud e igualdad-, por lo que no puede calificarse ni de irracional ni de arbitraria a la decisión legislativa. Esta aparece fundada en una causa grave y excepcional, sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional.-----  
-----

----- Considero relevante precisar que el Procurador General de la Provincia, a quien la Constitución Provincial le asignara el rol de defensor del interés público y de los derechos de las personas (art. 195, inc. 1º. C.Pcial.) coincidió con este posicionamiento (ver dictamen de fs. 545/547vta.), acordando también el Defensor General, si bien éste último se limitó a asumir la posición sostenida en las instancias anteriores por el Dr. Guillermo Helio Álvarez, letrado patrocinante de A.G. (ver dictamen de fs. 519/521), asumiendo la defensa del *nasciturus* el Sr. Defensor Jefe con prestación de servicios en la Defensoría General, quien también se hiciera cargo de la representación promiscua de ambos menores involucrados.-----

----- La Dra. Kemelmajer de Carlucci advirtió que encarcelarse en un solo argumento -la afirmación lineal según la cual el feto es un niño y la Convención Internacional de los derechos del niño protege su interés superior por lo que la vida potencial no puede ser nunca afectada- y negar el conflicto, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y con posibilidades económicas. Cierra, pues, los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo (Aída Kemelmajer de Carlucci, "El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino", La Ley Online).-----

----- En este análisis, también advirtió que sostener que todas las causales de no punibilidad previstas en el Código Penal están tácitamente derogadas justifica que, sin el consentimiento de la madre, un médico esté obligado a salvar al niño por nacer, aunque la madre muera, porque el interés del feto es superior a ella y llevaría al absurdo de sostener una condena penal respecto de una mujer que se ha sometido a una intervención médica de interrupción del embarazo para evitar un daño grave a la salud (Aída Kemelmajer de Carlucci, "El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada ...", La Ley Online).-----

----- El art. 75, inc. 23 lo que establece como obligación del Congreso, es la de dictar un

régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Una parte de la doctrina, apoyándose tanto en la interpretación literal como en la voluntad del legislador, ha puntualizado que esta protección se restringe exclusivamente al "régimen de seguridad social", señalando además que refiere a la protección del niño/a durante el embarazo pero no específica que lo es desde el momento de la concepción. Aún quienes la han interpretado de manera más amplia y han sostenido que evidencia la protección constitucional de la persona por nacer, lo que han derivado de ella es la "condena constitucional al aborto *discrecional o libre*" (Nestor Pedro Sagüés, "Constitución de la Nación Argentina", ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 43), supuesto distinto al previsto por la norma en análisis ya que no debe olvidarse que el punto de partida del art. 86 del C.F. es precisamente la antijuridicidad del aborto.-----

----- En cuanto a la protección de la vida por nacer establecida en los pactos incorporados a la Constitución, cabe señalar, con Gil Domínguez ("Aborto voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza", I.L., 1998-F-562) que en ellos "se evitó utilizar un concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- porque habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 muchos países y que excluían la sanción penal en diversos casos".-----

----- De conformidad con lo dispuesto por el art. I de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona". El art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece que "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 su concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Esto significa que la protección del derecho a la vida consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos no es de carácter absoluto, pudiendo admitirse excepciones a la regla de protección.-----

----- En el caso N° 2141, frente a un aborto, se denunció la violación de los Arts. I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarados por la

definición y descripción de "derecho a la vida" que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la Resolución N° 23/81 (caso 2141) la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que para la redacción del art. 1 de la DADyDH se tuvieron en cuenta normas que prevenían supuestos de abortos no punibles en distintos países signatarios, entre ellos la Argentina. Textualmente señaló que: "... e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos 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; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica. F) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo 1 del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n. 1, 2 (casos A y B) ...". Concluyó que los Estados Unidos tenían "razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo 1 de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción, que en realidad la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.-----

----- En dicha ocasión, la C.I.D.H. puntualizó que similares observaciones debieron ser salvadas en la redacción del art. 4.1 de la C.A.D.H. y que a ello se debió la incorporación de las palabras "en general". A la luz de tales antecedentes, concluyó que la interpretación que le adjudicaron los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana era incorrecta.-----

----- En lo que respecta a la aclaración formulada al aprobarse la Convención de los Derechos del Niño respecto del art. 1 de dicha Convención, sobre la base de diferenciar las reservas de las declaraciones interpretativas, se ha sostenido que éstas últimas no poseen rango constitucional. Esa doctrina advierte que la declaración emitida por la

República Argentina a través de la Ley N° 23.849 no forma parte del tratado y, por tanto, carece de jerarquía constitucional. Esto implica que el Congreso de la Nación puede modificar o derogar la ley en cuestión, sin seguir ningún procedimiento especial que requiere la reforma de cualquier cláusula de rango constitucional. Sobre la base de diferenciar "reserva" y "declaración", distinción que también fundan en palabras del presidente del Bloque Radical en la Convención Nacional Constituyente, sostienen la constitucionalidad de la norma en examen aún con posterioridad a la incorporación de la C.D.N. (Roberto Gargarella, Coordinador, "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Romina Faerman, "Algunos Debates Constitucionales sobre el Aborto", T. II, págs. 663 y sgts.).-----

----- Lo cierto es que más allá de la declaración formulada, la que data del año 1990, en el derecho interno se mantuvo la vigencia del art. 86 del Código Penal y que un análisis lineal de la C.D.N. y de la declaración emitida llevaría a las gravosas consecuencias que advirtiera la Dra. Kemelmajer de Carlucci, *ut supra* individualizadas, lo que desalienta a escoger tal camino interpretativo.-----

----- Soy consciente que el tema en debate presenta más aristas. La urgencia, la premura en la cuestión a resolver, la necesidad de un pronunciamiento rápido, obstan a efectuar un análisis más detallado del tema en debate.-----

----- A las consideraciones previamente vertidas, cabe adicionar que siempre debe tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual debe ser considerado como ratio final del orden público (Fallos, 295:850, entre otros).-----

----- Como dato relevante sumo a ello que no fue planteada la inconstitucionalidad de la norma en análisis, ni por la tutora *ad litem* del *nasciturus* ni por la representante promiscua del mismo.-----

----- Ello así, como ya lo adelantara, en lo personal, en el limitado alcance interpretativo que por la presente entiendo debe darse a la norma en examen y a la luz de las circunstancias fácticas presentes en este caso en concreto, no advierto irrazonabilidad ni palmario apartamiento del bloque constitucional en lo dispuesto por el art. 86 del Código

Penal.-----

----- Sólo la demostración de la irrazonabilidad de la ley en su relación con las características del caso en concreto, habilita a apartarse de lo dispuesto por el legislador y a declarar la inconstitucionalidad de una norma.-----

----- V.- En consecuencia, habiéndome pronunciado ya respecto de la vigencia del art. 86 del C.P., considero en coincidencia con el vocal pre opinante que para resolver la cuestión traída a la presente litis basta definir el alcance que corresponde otorgar al art. 86, inc. 2°, C.F.. Dicho criterio también fue el sostenido por el Procurador General en su dictamen de fs. 545/547vta.-----

----- Conozco que la interpretación de la norma involucrada está dividida, que a la par de una posición amplia en la definición de su alcance existe también una posición restringida. Sin perjuicio de ello, estoy convencido que el principio de legalidad que rige en materia penal exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos por el art. 86, inc. 2°, C.F., con la mayor amplitud posible.-----

-----

----- En tal sentido, considero que la norma citada en el párrafo precedente consagra la no punibilidad del aborto de cualquier mujer que ha sido violada.-----

-----

----- Desde el análisis literal de la norma son varias las razones que abonan tal interpretación, la disyunción marcada por la "o", la expresión "En este caso", que puede entenderse referida a la segunda parte del inc. 2°, la utilización de la palabra "cometido" en singular y, especialmente, la exigencia del "consentimiento de la mujer encinta" incorporada previo a la determinación de los supuestos previstos por los incs. 1° y 2°. Es que, si el inc. 2° se refiriere solo a una mujer idiota o demente su consentimiento no podría ser exigido.-----

----- Volviendo a los ya diferenciados roles que le competen al Poder Legislativo y al Poder Judicial, coincido con el criterio que ha sostenido que asumir la derogación tácita del art. 86 del C.F., implica en los hechos una enmienda judicial que le está vedada a los

jueces, en tanto en virtud del principio de legalidad (art. 18, C.N.) la regulación en materia penal mediante normas de orden público está exclusivamente reservada al legislador (Roberto Gargarella, Coordinador, Ob., art. y t. cit., pág. 667).-----

----- En igual sentido, si se deben interpretar restrictivamente los tipos penales para restringir la criminalización, inversamente, las causas de exculpación o supresión de la pena deben interpretarse ampliamente. La Corte Suprema sostuvo al respecto que las leyes penales no pueden aplicarse por analogía ni ser interpretadas extensivamente (Roberto Gargarella, Ob., art. y t. cit., pág. 682).----

----- También coincido con quienes han sostenido que la interpretación restrictiva del inciso en análisis implica atribuir a las mujeres actos heroicos que el derecho no puede imponer. En el caso, imponerle a una niña de quince años, que denuncia haber sido violada por quien ella consideraba su padre, papá de cuatro de sus hermanos, llevar adelante un embarazo no querido, existiendo varios informes en el curso del proceso que afirman que la situación ha puesto en riesgo no sólo su salud psíquica sino también la física.-

----- VI - Concretada tal definición, debo ahora analizar si el caso se subsume en lo dispuesto por el art. 86, inc. 2º de la norma vigente.-----

----- Ello así, a mi criterio los hechos que se presentan no parecen generar mayor controversia.-----

----- Los distintos informes practicados en el curso del proceso, con la intervención de muy diversos especialistas, y las partes están de acuerdo en que el embarazo es producto de una violación.-----

----- He de puntualizar en qué baso tal afirmación:-----

----- 1) Así lo relata la víctima y su familia en un contexto en el cual ciertos hechos denunciados han sido corroborados, lo que toma fuertemente verosímiles a las manifestaciones expuestas. Por ejemplo, mediante oficios librados en la causa penal se comprobó el hecho de que la Sra. A.F. debió viajar a la ciudad de Buenos Aires el

09/11/09, regresando el 14/11/09, viaje que concretara con otro hijo menor (ver fs. 67/70 del Expte. N° 25.661). A su vez, el testimonio prestado por una amiga de A. en dicho trámite es coincidente con los hechos que se denuncian como fundamento de la petición y aporta datos de peso respecto de la personalidad de A. y su cambio (ver fs. 105 del Expte. N° 25.661).-----

----- 2) Formulada la denuncia en sede penal, se dispuso la apertura de la investigación preparatoria del juicio, imputándosele al Sr. O.N. el delito de "Abuso Sexual Simple agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, al menos dos hechos en concurso real, en concurso real con Abuso Sexual con Acceso Carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente (Art. 119, 1° y 5° párrafo en relación al 4° párrafo, inc. f y 3° párrafo en relación al 4° párrafo, inc. f y 55 del C.P.)" (ver fs. 10/vta. y fs. 37/vta. del Expte. N° 25.661). A su vez se tuvo por formalizada la investigación fiscal, por anoticiado al imputado del hecho que se investiga y por asegurada su defensa (ver fs. 48/vta. del Expte. N° 25.661).-----

----- 3) Son diversos los informes en los que distintos especialistas han plasmado la personalidad de A. y la han considerado víctima de distintos episodios de abuso. El Informe N° 1338/09, suscripto por la Psicóloga, Lic. Elsa Gabriela Álvarez da cuenta que "A.G. cursa 9no. año en la escuela 731, su rutina en etapa escolar empezaba con la asistencia por la mañana a dicho establecimiento, al regresar a la casa, colaboraba llevando a sus hermanos al jardín de infantes, suele ayudar con las tareas en el hogar, quedaba en la casa por las tardes. Previo permiso de la figura materna suele salir a caminar en alguna ocasión con amigas. Aun no sale por las noches ni a mateo, ni boliches, etc.... La expresión de los afectos y emociones, se encuentra restringida, rasgo de personalidad que sería estable pero que en estos momentos se muestra potenciado. La angustia, dolor, son minimizados en su manifestación para evitar el sufrimiento de su progenitora, a quien visualiza excedida por todo lo que está viviendo. A pesar de este intento defensivo, la invaden sentimientos de impotencia, vergüenza, tristeza, enojo, miedo a la posible reacción agresiva de su padrastro, incertidumbre, y desconcierto frente a un posible embarazo. Agobia porque se trata del padre de sus hermanos pequeños. A lo que se suma las sensaciones de asco, suciedad, incomodidad *que la invadieron en forma inmediato posterior a cada episodio de abuso*. Transita un momento en el que las seguridades, tanto internas como las del entorno, se encuentran en crisis, haciendo un esfuerzo psicológico importante para conservar cierta estabilidad emocional, adoptando

mecanismos defensivos rígidos, para *evitar conectarse con lo traumático de su situación*" (fs. 8/9). El informe glosado a fs. 28/vta. de la causa penal, suscripto por las Lics. Masiá y García del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también refiere a A. G. como "Víctima", expresándose en un sentido coincidente la Nota N° 51/10 SAVD obrante a fs. 112 de dicho trámite. Al contestar el Oficio N° 70/10, los Dres. Horacio Martelossi y Raúl Marcelo Soria del Dpto. de Salud Mental del Hospital Regional, manifiestan que A. G. "... sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los once años. Presenta ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; puede comprender alternativas a la interrupción del embarazo, pero se niega a ello. Es reflexiva y conciente de su situación actual manifestando que su plan de vida y sus proyectos a corto y largo plazo, se han visto alterados por la situación traumática de la violación y el embarazo ..." (ver fs. 82/83). El informe agregado a fs. 125/126, suscripto por los Lics. Martelossi, Marting, Astudillo y Acuña, da cuenta que: "La adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la *situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo*. Ante los dichos de la adolescente durante la entrevista efectuada respecto de la ideación suicida en caso de que el embarazo no sea interrumpido, como profesionales de la Salud Mental no podemos desestimar la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas ... Se entiende por pasaje al acto la concreción de autoagresiones, de características leves a graves, encontrándose en consecuencia, continuo riesgo de vida ... En la actualidad el embarazo es vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que *aunque biológicamente el victimario no sea el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal*. En el caso de continuar con el embarazo, la adolescente y su familia deberán elaborar la situación traumática que el mismo implica, al no ser deseado y *ser producto de una relación sexual no consentida (violación) perpetrada por un miembro de la familia ...*". Finalmente, a fs. 218 el Dr. José Luis Tuñón afirma que: "... El abuso durante cuatro años y su desembocadura en la violación que da lugar al embarazo son incontrovertibles. Los informes están de acuerdo en describir a una niña sometida a un fenomenal esfuerzo por no cargar con más desdichas en el sufrido horizonte de la madre..."-----

----- 4) Si bien se oponen a la autorización peticionada, refieren también a la existencia de abuso sexual infantil la tutora *ad litem* del *nasciturus*, Dra. María Alejandra Caleri (ver fs. 75vta./77vta. ap. 2.2.2) y la Asesora del Ministerio Pupilar que interviene en representación promiscua de ambos menores de edad (ver en especial fs. 146 vta., 4to. párr. y fs. 319 último párrafo/vta.)-----

----- Es evidente, que las imputaciones concretadas en la causa penal van a ser esclarecidas con posterioridad, mas la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite. No puede exigirse una sentencia condenatoria en sede penal para habilitar el supuesto previsto por el inc. 2do. del art. 86, C.P.. Tal exigencia vaciaría de contenido el supuesto de aborto no punible allí previsto. Lo que corresponde en cambio, es analizar la seriedad de la denuncia. Y, si bien es imposible evitar todo margen de dudas, en la opción debe privilegiarse y confiar en el relato de la víctima, circunstanciado y acompañado de múltiples elementos que hablan de su seriedad.-----

----- VII.- Para finalizar, considero indispensable aclarar que el caso posee connotaciones muy particulares, involucra a una menor, que denunciara una situación de violación, en la que el acusado e imputado es su padrastro -esposo de su madre desde que A.G. tenía apenas 3 años- (ver certificado de matrimonio de fs. 6 y certificado de nacimiento de fs. 7).-----

----- El informe N° 125/10, del 28/01/01, emitido por las psicólogas del E.T.I., Lics. Elsa Graciela Álvarez y Mónica Díaz, da cuenta de que "... El embarazo es vivido como un evento extraño, invasivo, no es significado como hijo. La idea de hijo es incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo en su mundo interno es imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A.G., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso por el tinte incestuoso ...". En dicho informe las psicólogas intervinientes destacan y subrayan que: "... la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida ..." (fs. 27).-----

----- Entiendo que puede considerarse contrario a la dignidad de A.G., menor de 15 años, obligarla a llevar adelante un embarazo producto de una denunciada violación, en contra de su expresa voluntad, lo que implicaría considerar a la niña gestante un mero instrumento.-----

----- En tal sentido la solución a la que se arriba, si bien exige definiciones respecto de la interpretación a dar a una norma expresa del Código Penal, su art. 86, inc. 2º, no implica asumir un criterio general aplicable a cualquier situación que se denuncie como subsumible en dicha norma. Cada caso exigirá un cuidadoso y responsable análisis de las circunstancias de hecho a fin de determinar si el mismo se encuentra abarcado o no por las previsiones de la norma.-----

----- La decisión, como corresponde, se limita solamente a este caso en concreto, con notables características de excepcionalidad y de conflicto, las que aparezcan en la causa con un gran grado de verosimilitud y seriedad sin que resulte válido extrapolar las conclusiones que se derivan de las especiales circunstancias que rodean al *sub examine* a otros supuestos.-----

----- También entiendo necesario destacar que en el curso del trámite A. expresó en múltiples ocasiones su voluntad. Así lo hizo en varias ocasiones a través de su representante legal (v.gr. a fs. 83 del expte. penal al solicitar idéntica autorización en dicha sede, o al incoar la presente medida autosatisfactiva mediante la presentación de fs. 17/18), también lo hizo al ser escuchada personalmente en la audiencia de fs. 38, al ser oída en entrevistas con distintos profesionales (ver informe N° 125/10 de fs. 27, el que da cuenta que: "... A.G. está siendo apoyada y sostenida por el grupo familiar nuclear y extenso, así mismo apoyan la decisión de la niña. No se observa que la adolescente reciba ningún tipo de presión que esté condicionando esta decisión") y, luego, con el patrocinio de los "abogados del niño" que le fueran designados, v.gr., al concretar la presentación de fs. 114/123, oportunidad ésta última en la que expresamente solicitó "... se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda promovida, comunicando a los profesionales de la salud del Hospital Regional... que se encuentran facultados para realizar la práctica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la suscripta A.G. ..." (ver fs. 114, ap. l. Solicita resolución).-----

----- Cabe abrir un paréntesis para hacer la salvedad de que A., contenida, informada y debidamente asesorada, es soberana de cambiar su decisión hasta el momento en que la práctica que requiere sea efectivamente concretada -----

----- También se pronunciaron y resulta clara la posición de la Sra. A.F. -madre de A.- del

Sr. V.G. -su padre- y de sus hermanos mayores de edad.-----  
-----

----- Nótese que a fs. 92, en el informe N° 173/2010, la Lic. Mónica Díaz, integrante del E.T.I., luego de la entrevista mantenida con los miembros de la familia. V.G. (66) -el padre-, V.G. (22), M.G. (21), R.L. (16) y M.L. (28) -cuatro de sus hermanos-, deja constancia que: “Todos los miembros de la familia coinciden en: -apoyar la decisión de la niña de interrumpir el embarazo; -que es la mejor alternativa para la traumática situación vivida; -no consideran viables otras opciones y ninguno está de acuerdo con ellas; -tienen intenso temor de que A. atente contra su vida, y en algunos casos la certeza de que esto sucederá de obligarla a seguir adelante, responsabilizando al sistema judicial por lo que pudiera pasarle; -les cuesta entender que no se apruebe su solicitud; -fundamentan su decisión en que el embarazo es producto de una violación, por una persona integrada al seno de la familia en condición de padrastro y en que A. es una niña; -hacen hincapié en que la ven decaer, que no quiere salir, no tiene ánimos para levantarse, no come, etc.. Se registra que todos brindan apoyo y contención a A. y que los lazos que los unen son positivos y sólidos, aún tratándose de una familia ensamblada con una integración múltiple”.-----

----- A su vez, la Sra. A.F., es quien promueve la medida autosatisfactiva en representación de su hija menor y la sostiene durante todo el proceso, aún actualmente.---  
-----

----- No puedo omitir señalar que quizás la situación por la que hoy transita A. se pudo haber evitado. Es su propia mamá quien denuncia el conocimiento de episodios de abuso que datan de cuando su hija tenía 11 años (ver fs. 5). Ello así si bien puede pensarse que la madre de A. debió haber intervenido en aquella oportunidad, es evidente que se trata de una familia con una dinámica intra familiar con aspectos disfuncionales y así lo han dictaminado distintos profesionales intervinientes en el curso del proceso (v.gr., ver informe de fs. 8/9), resultando justo también valorar que los informes obrantes en autos también dan cuenta que actualmente la familia contiene a A., aún cuando puedan advertirse carencias y necesidades de apoyo por parte de distintos profesionales.-----  
-----

----- VIII.- No quiero concluir sin señalar que considero plausible la "Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles", que fuera elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en octubre del año 2007. Quizás la existencia de una normativa análoga en el orden Provincial o la adhesión a la ya elaborada en el orden Nacional ayudaría a evitar la dilatación en la solución de conflictos como el planteado en el *sub lite*.-----

----- IX.- Para terminar, a la luz del contenido de los distintos informes obrantes en el presente proceso, considero no sólo conveniente sino indispensable dictar una medida de protección como la propuesta por el vocal pre votante.-----

----- Ello así, coincido en todos sus términos con la medida de protección y seguimiento propuesta por el Dr. Caneo -----

----- X.- También concuerdo con el Dr. Caneo en lo que refiera a la imposición de costas y regulación de honorarios que propusiera por la intervención de los profesionales que actuaran ante este Superior Tribunal.-----  
-----

----- A igual cuestión, el Dr. Royer dijo:-----

----- I.- PREFACIO:

----- 1.- En un paradigma de Estado social y democrático de derecho que, conceptual y esencialmente se nutre del garantismo convencional y constitucional, el acceso a la jurisdicción oportuna es una de las garantías más importantes.-----  
-----

----- No sólo se debe procurar "dar a cada uno lo suyo", sino hacerlo "cuando corresponde". El factor tiempo, es un componente definitorio de la justa y eficiente satisfacción de la pretensión esgrimida. (A. Gil Domínguez, "Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires", pág. 67).-----

----- En su abordaje, no puedo dejar de soslayar que los recursos planteados contienen

defectos formales, que si fueran medidos en otro proceso de conocimiento, conducirían irremediablemente al rechazo formal, cediendo aquí, ante la urgencia temporal impresa al trámite y la naturaleza de los derechos humanos involucrados. (Conf.: Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2001).-----

----- El presente caso, ofrece ribetes dramáticos que deben ser dirimidos con la máxima celeridad, sin perder de vista que cada situación a resolver es única e irrepetible y debe ser analizada y resuelta desde los hechos particulares que la caracterizan, *dejando de lado las ideologías o los valores morales, de origen religioso, éticos o sociales.* -

----- 2.- Otra cuestión que no puedo dejar de observar es que la respuesta que el Juez Penal y la Señora Fiscal General dieron a la primera solicitud de A.F. a que se autorice a interrumpir el embarazo de su hija menor violada, fue inadecuada.-----

----- El primero, porque cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (C.S.J.N., Fallos, 324:122) (Art. 54 C.P.).-----

----- La segunda, porque el Ministerio Público Fiscal, debe asistir a la víctima y brindarle asesoramiento e información, resguardando sus intereses. (art. 35 C.P., Ley N° 5057).-----

----- Esta actitud, significó que transcurriera casi una semana desde que A.L.F. ocurriera vanamente ante el juez penal (14/01), y posteriormente a la Fiscal en turno y la presentación de la medida autosatisfactiva (22/01).

----- Esta circunstancia, me demuestra que los operadores de derechos estamos llamados a resolver -en primer lugar- el caso concreto, pero también a despejar a través de nuestros pronunciamientos, dudas interpretativas que generan desconcierto no solo en

los justiciables, sino también en los profesionales del Derecho y de la ciencia médica que en supuestos como el que aquí se debate, cumplen un rol determinante.-----

----- 3.- Sería necio de mi parte no reconocer que el desafío y las diversas situaciones que como juez debo resolver teniendo en cuenta la diversidad cultural, social, religiosa, económica, étnica, son muchas. Al servicio de la sociedad democrática y republicana y de sus valores plurales -basta ver la diversidad de las presentaciones Amicus Curiae- nos enfrentamos a casos jurídicos de magna trascendencia ya religiosos, ya morales y me interrogo sobre la posibilidad de aplicar la "cláusula de consciencia" ante el principio de legalidad: pero no, no es posible.-----

----- Opto por respetar la ley vigente porque ella representa, aunque más no sea, simbólicamente la voluntad de la mayoría del pueblo expresada a través de sus representantes políticos.-----

----- Los jueces aplicamos la ley, son los legisladores los llamados a recoger la estimativa social imperante en cada época y lugar determinado, a fin de plasmarla en leyes que rijan la convivencia social.-----

----- II.- DOCTRINA.-

----- Sin desconocer posiciones doctrinarias contrarias, me enrolo en la que proclama que ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad, es la nota que los caracteriza. (conf.: Germán Bidart Campos, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", pág. 109 y "Manual de la Constitución Reformada", pág. 493). En igual sentido: María A. Gelli, "Constitución de la Nación Argentina", LL, pág. 77.-----

----- De lo que se deriva que el grado de protección de cada derecho constitucionalmente reconocido dependerá entonces, de la decisión legislativa que lo reglamente, que debe ser razonable. Los conflictos que irremediablemente, se suscitan entre los distintos derechos constitucionales, son resueltos por el legislador. Es a él a quien corresponde

determinar la conveniencia o no, de castigar penalmente la realización de un aborto. Es una cuestión de política legislativa, no un problema constitucional, que deba ser dirimido en el sub-lite.-----

----- Y es evidente que frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos - vida humana vs. libertad sexual-autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación-abuso sexual con acceso carnal- la ley, hace prevalecer al segundo, sobre el primero. (Conf.: Gil Domínguez, Famá, Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Bs. As., 2006, Tomo II, págs. 1022, 1023).-----

----- Las consideraciones precedentes dejan en claro que la sentencia que se dice, no decide sobre la vida del feto, sino sobre la salud de la madre. Voy a recordar que, para reconocer el daño ya producido en la integridad psicofísica y el peligro permanente de su agravamiento, hay que asumir que la experiencia traumática sólo puede ser vivida por una mujer" (del voto de la Dra. Alicia E.C. Ruiz, Expte. T.S. s/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo).-----

### ----- III.- CONSTITUCIONALIDAD:

----- Desde este prisma, corresponde determinar si en este caso concreto, en el que la menor de 15 años, A. G., embarazada como consecuencia de haber sufrido la violación de su padrastro, se encuentra o no contemplado en alguno de los supuestos previstos por el art. 86 del C.P.-----

----- Esta norma penal protege -como principio- el derecho a la vida de la persona por nacer. Al mismo tiempo lo reglamenta, legislando causas de justificación -los incisos 1º y 2º- que, por las razones más arriba expuestas, no están reñidas con el ordenamiento convencional ni constitucional. Así lo interpretan, por lo demás, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli y Zaffaroni (Conf.: Gil Domínguez, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 167).-----

----- Y en nuestro sistema de control constitucional, las leyes se reputan legítimas si han

sido sancionadas siguiendo los mecanismos previstos en la Constitución (C.S.J.N., Fallos, 226:698; 242:73; 300:241; 314:424). En principio, las normas legales o reglamentarias rigen en el contexto de su determinación, a menos que los jueces declaren su inconstitucionalidad dando precisa razón del cotejo o juicio valorativo en que se expongan los motivos que justifiquen semejante pronunciamiento. (Conf.: Doct. C.S.J.N., Fallos, 324:2780). Declaración que por tanto, ha de ser expresa e importa la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia y un acto de suma gravedad, verdadera última ratio del orden jurídico (C.S.J.N., Fallos, 322:919; 323:2409; 324:920).---

----- Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que el art. 86 del C.P. es constitucional (Fallos, 321:1145) y que no es posible dejar de aplicarlo si no se lo reputa inconstitucional. (C.S.J.N., Fallos, 257:295; 262:45).-----

----- Por ello, resulta inexplicable que pese a que no se solicitó su inconstitucionalidad y a la expresa petición de la solicitante de que se aplique, uno de los votos que integran la mayoría, deslegitimó la vigencia del art. 86 del C.P. La única manera que tenía para no ceñirse a su letra era declarar su inconstitucionalidad, extremo que no se trató en ningún considerando, no obstante la resolución recalca, o bien, indicar que no se daban los presupuestos legalmente previstos.-----

----- IV.- LA CAUSA.-

----- 1.- Por la premura en resolver el caso, me abstendré de relatar los hechos tal como ocurrieron, haciendo propios los expuestos por los colegas preopinantes.-----

----- Solo diré que, la Sala 'B' de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, confirmó en lo principal, la sentencia de Primera Instancia que rechazó la solicitud de A.L.F. a que se autorice la interrupción del embarazo que cursa su hija menor de 15 años, A.G. tras haber sido violada por su padrastro. (fs. 153/169 vta.).-----

----- 2.- Junto a los colegas que me preceden en el voto, opino que la trascendente

cuestión en debate constituye un supuesto de gravedad institucional (C.S.J.N., Fallos, 322:2424; 303:221;304:1242; 305:2067; 312:575) por las razones a que refiere en su voto el colega que me precede -y que comparto-, pero también, por las indiscutibles proyecciones que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro (Saçúés, Nestor, "Recursos Extraordinarios", Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 388).-----

----- Por tal motivo, resulta imperioso acoger una resolución en forma expedita que resulte apta para dilucidar la cuestión que aquí se debate, derribando obstáculos de índole formal que podrían frustrar definitivamente los derechos fundamentales en juego.-----

----- En primer lugar, corresponde dejar aclarado expresamente, que no se desconocen las normas que estipulan el derecho de los menores a ser oídos (arts. 2, 3 y 28 de la Ley N° 26.601, 12 y 24 de la C.D.N.), tampoco se soslaya que en el sub-lite, están en juego los derechos inalienables de dos menores, la gestante y el por nacer. Sin embargo, se estima -y en ello acuerdo con mis colegas- que una nueva entrevista, hubiera profundizado innecesariamente la revictimización institucional que este proceso ya ha causado a A. (Norma Griselda Mchilo, "Abuso sexual de menores. Complejidad diagnóstica", Psicología Jurídica, Madrid, 2001).

----- Los derechos del nasciturus, fueron tutelados en todo el proceso tanto por el tutor ad-litem designado como por el asesor legal de menores, en forma promiscua. (fs. 72/79, 180 vta., 259, 267 vta., 268 vta., 345 vta., 348 vta., 380 vta., 502, 510, 539, 541 vta. y 544).-----

----- 3.- Despejadas estas cuestiones previas, diré derechamente, compartiendo la solución que propician los titulares del Ministerio Público y proponen mis colegas prevotantes, que corresponde dejar sin efecto la sentencia de la Alzada. Diré porqué-----

#### ----- V.- ANÁLISIS.-

----- La norma penal a la que me vengo refiriendo establece en su segundo párrafo que: "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta,

no es punible:-----

1.- 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.-----

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".-----

----- Si el último inciso contiene dos supuestos distintos o uno solo, es un debate histórico, en el que no voy a entrar.-----

----- Digo sí, que -contrariamente a la posición sustentada en la Sentencia de Primera Instancia por la Señora Jueza de Familia-, adhiero a la tesis amplia que propicia la no punibilidad del aborto en el caso de que el embarazo provenga de una violación (llamado por la doctrina, aborto "sentimental" o "humanitario").-----

----- En ella, se enrolan autores como Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", L.L. 26, pág. 977, y "Libertad de amar y derecho a morir", Ed. Historia Nueva, 3º edición, Madrid, 1929, pág. 93; Molinario, Alfredo, "Tratado de los Delitos", edit. Tea, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Bs. As., 1996; Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo III, Ed. Tea, 11 reimpresión total, Buenos Aires, 2000, 16 Edición actualizada por Guillermo Ledesma, págs. 82, y ss.; G. Roura, Octavio, "Derecho Penal Parte Especial", Tomo III, Ed. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, pág. 38; Ghione, Ernesto V., "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", LL 104, págs. 777 y ss.; Buján, Javier y De Langhe, Marcela, "Tratado de los Delitos", Tomo I, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, págs. 462 y ss.; Tabernero, Rodolfo, "El aborto por causas sentimentales", J.A. 1990-IV-941 y ss.; Cuello Calón Eugenio, "Tres temas penales", Ed. Bosch, Barcelona, 1955, pág. 85).

----- Sentado lo anterior, a efectos de aventar dudas respecto de la existencia o no de la violación, debo decir que no es necesaria la denuncia y/o investigación del hecho ilícito punible (violación -abuso deshonesto) sino que alcanza con invocar con seriedad la

existencia del mismo, aún cuando no hubiese sido investigado en sede penal.-----

---- Las constancias agregadas a la causa "F., A. L. s/ doña. Abuso Sexual r/v hija menor", Caso 25.661, -que tengo a la vista-, me convencen, prima facie y con el grado de certeza permitido por este proceso breve, que la situación jurídica de A., se encuentra comprendida por el art. 86 inc. 2º, 1ra. Parte del C.P.-----

---- Aduna la posición que sostengo el hecho que A. G. atraviesa una situación traumática, provocada por una violencia externa (la violación de su pacastro) cuya aparición, sin bien súbita y repentina, cata de mucho tiempo atrás, altera el normal estado de las cosas, desmoronando el equilibrio que mantenía para adaptarse a sus necesidades. La lesividad de esa secuela se muestra en sus cambios emocionales ("cuando voy por la calle, me da lo mismo si un auto me atropella o no", fs. 273) y de conducta ("no quiere salir, no tiene ánimo para levantarse, no come...", fs. 92).-----

#### ---- VI.1.- DERECHO INTERNACIONAL.-

---- Esta es -por lo demás- la solución que mejor comulga con el derecho interno y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) cuyos dispositivos no pueden ser soslayados en su aplicación, a la luz de lo dispuesto por el art. 22 de la Carta Magna Provincial que establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina. Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omita tomar medidas y recaudos tendientes a su preservación."-----

---- Su incumplimiento además, genera la responsabilidad del Estado Nacional, como la que actualmente se le imputa ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por denuncias formuladas por la CLADEM y distintas organizaciones civiles.-----

---- No puedo dejar de mencionar, que en el caso de L.M.R. causa 7326, nuestro país,

admitió su responsabilidad en cuanto a que se le habría impedido a la víctima acceder a la atención médica necesaria para realizar una práctica médica que no está prohibida por la legislación y reconoció que "el embarazo forzado al que se vio sometida L.M.R., por la negativa a interrumpir la gestación y el empujarla al circuito clandestino de aborto, no sólo atentó contra la integridad física y mental de ella, sino que constituye tratos crueles, inhumanos y degradantes a la luz del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".-----

---- 2.- En efecto, el derecho a la salud reproductiva de la mujer está reconocido por los arts. 10.2, 12.1 y 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Políticos, Sociales y Culturales; los arts. 10, 11.2, 11.3, 12.1, 14.2 de la Convención de la Mujer; arts. 24.1 y 24.2 de la Convención del Niño y por los pfs. 89, 92 y 267 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.-----

---- 3.- El 20 de Marzo de 2007, nuestro país, ratificó el Protocolo Adicional a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Convención que entró en vigor el 3/9/98.-----

---- El Comité, por ella creado, formula recomendaciones generales y particulares, a todos los Estados-Parte sobre medidas concretas que corresponde adoptar para el desempeño de sus obligaciones en virtud de la Convención.-----

-----

---- En la Recomendación General 19º (11º Período de Sesiones 1992) y respecto del art. 16 de la Convención formula una recomendación concreta: 1) la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) obliga a los Estados Parte a garantizar que se tomen las medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción y para garantizar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como el aborto ilegal por la falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad. (pto.m).-----

-----

---- Y en el punto 24 inc. m) declara que la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones

legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para remitir a la mujer a otras entidades que presten esos servicios.—

-----

---- En general, este Comité recomienda "c) *Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.*-----

---- En particular, que el Estado parte que preste, entre los servicios de salud, la interrupción del embarazo, cuando sea resultado de una violación o cuando esté en peligro la salud de la madre (CEDAW/C/PER/CO/6).-----

---- 4.- Un apartado especial merece la Recomendación CCPR/CO/70/ARG formulada el 15/11/ARG por el Comité de Derechos Humanos que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a nuestro país: *'En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de los que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.*-----

---- *El Comité recomienda que el Estado Parte tome medidas para aplicar la Ley de salud reproductiva y procreación responsable de julio de 2000, gracias a la cual se dará asesoramiento sobre planificación familiar y se dispensarán contraceptivos con objeto de ofrecer a la mujer verdaderas alternativas. El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al*

----- VII.- CONCLUSIÓN:

----- Por tal motivo, juzgo útil expedirme respecto a la autorización para realizar las prácticas abortivas que mencionan en su dictamen los Ministerios Públicos.-----  
-----

----- La regla general, según doctrina consolidada, es que la aplicación del art. 86 incs. 1º y 2º del Código Penal, no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar. (Corte Suprema de Mendoza, 22/08/2006, Expte. N° 87.985, "G.A.R." en J 32.081, "Cano, Sonia M y Otras c/ sin demandado p/ Ac. de Amparo s/ per saltum" y S.C.B.A., Causa Ac. 98.830, "R.L.M., NN persona por nacer. Protección. Denuncia", 31/07/2006).-----  
-----

----- Sin embargo, puede darse el supuesto de que los facultativos intervinientes hubiesen arribado al convencimiento de que no es posible interrumpir el embarazo, basados en consideraciones médico-legales. En este caso, la mujer gestante podría disconformarse de esa conclusión, controvirtiendo judicialmente la solidez científica de aquel dictamen, postulando el encuadramiento de su problema en alguna de las hipótesis contempladas en el art. 86 del C.P.-----

----- Sea cual fuere el continente procesal adecuado, es lo cierto, que en un contradictorio respetuoso del debido proceso legal, esta mujer debería probar que aquella negativa de los facultativos responde a apreciaciones médicas o jurídicas inexactas. Estaríamos en presencia así de un caso susceptible de decisión jurisdiccional, del que no puede pregonarse ya la innecesariedad de la intervención de los jueces (voto del Dr. De Lazzari, en autos: "O. M.V. víctima de abuso sexual", S.C.B.A., Fallo C 100459).-----

----- No surge de los presentes autos que la denunciante haya ocurrido a la jurisdicción ante la negativa de un facultativo a interrumpir el embarazo que cursa su hija, violada por su padrastro. No obstante lo cual, el caso se judicializó indebidamente y hay que

resolverlo con la máxima celeridad, pues como adelantan mis colegas y comparto en un todo, A. G. se encuentra comprendida por el art. 86 inc. 2º, 1ª parte, del C.P., por las razones institucionales que desarrolló en su primer voto el Dr. Caneo y porque su petición le ha sido arbitrariamente denegada en las instancias anteriores.-----

---- En consecuencia y una vez que la gestante preste su consentimiento informado (Conf.: Art. 12, inc. 20 y 22 de la Recomendación General N° 24, CEDAW, 1999), los profesionales de la salud deberán adoptar todas las previsiones de una adecuada intervención médica, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar y sin necesidad de autorización judicial previa. (S.C.B.A. Causa Ac. 98.830, "R.L.M, NN persona por nacer. Protección Denuncia", del 31/07/2008).-----

---- VIII.- REFLEXIÓN FINAL:

---- Si bien se deposita en el Derecho y en su brazo operativo, la Justicia, la resolución de los conflictos que se generan en el tejido social, es indudable que el ordenamiento jurídico tiene esta función, pero también es cierto que la existencia de una norma no dirime definitivamente la cuestión: el debate social permanece y su aplicación puede dar lugar a nuevos conflictos que -como se vio- podrían evitarse, por ejemplo, con la implementación de políticas de salud que aseguren adecuada, universal y oportuna accesibilidad a las prestaciones mencionadas en los instrumentos internacionales más arriba citados. (Conf.: Art. 72 inc. 4º de la Constitución Provincial).-----

---- Una "Guía Técnica para la Atención del Aborto no punible", análoga a la elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007, que instruya adecuadamente a los operadores médicos, contribuiría.-----

---- A la segunda cuestión, el Dr. Caneo dijo:-----

---- Del modo en que he votado a la primera cuestión, corresponde: 1º) Dejar sin efecto la sentencia de la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia obrante

a fs. 350/379 vta.; 2º) Declarar que el caso encuadra en el supuesto de "aborto no punible" previsto por el inc. 2º, primera parte del ar. 86 del Código Penal; 3º) Hacer saber a A. G. que goza de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo que se le concrete la práctica; 4º) Declarar que los profesionales de la salud en el caso de realizar el aborto, deberán analizar los riesgos médicos que su práctica implica para la salud de A., debiendo previamente recabar el consentimiento informado de la menor y de uno de sus padres, al igual que en toda práctica médica; 5º) Encomendar al Director del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, en tanto su intervención sea requerida, la adopción de las medidas adecuadas para que en el menor plazo que aconseje la ciencia médica, la práctica se lleve a cabo en el nosocomio a su cargo o, si dicha institución no contase con los recursos humanos y medios pertinentes, en cualquier otro centro de salud público o privado de la mencionada ciudad que deberá notificarse por medio del Juzgado de Origen; 6º) Disponer que A. continúe con el tratamiento psicológico ya iniciado, el que además debe estar orientado a todo el grupo familiar conviviente porque deben elaborar la situación traumática en la cual se encuentran y en la causa recomendado acompañamiento terapéutico familiar e individual permanente. La Jueza de Primera Instancia, como directora del proceso, notificará al Hospital de Comodoro Rivadavia a tal efecto y arbitrará todas las medidas necesarias para que se cumpla el tratamiento; 7º) Notificar al Ministerio Público Fiscal a fin de que, en su caso, tome las medidas que a su juicio sean pertinentes para salvaguardar las pruebas de cargo que contribuyan al esclarecimiento del delito que se investiga en la causa N° 25.361; 8º) Poner en conocimiento del Defensor General de la Provincia que deberá encomendar a quien designe que, acompañado de un psicólogo del E.T.I., preferentemente el que haya mantenido contacto con la menor, le lea detenidamente la sentencia y le expliquen claramente lo que se le hace saber en el pto. 3º de la parte dispositiva de la presente; 9º) Sugerir al Poder Ejecutivo, en caso que corresponda, para que en el marco de sus facultades prontamente prevea la elaboración de guías para los médicos que actúen en la Provincia con respecto a la atención integral de los abortos no punibles, con ese objeto se libraré el pertinente oficio; 10º) Imponer las costas por lo actuado ante este S.T.J. por su orden (art. 63 segunda parte del C.P.C.C.) y en mérito a la labor desarrollada a la calidad y extensión de los recursos presentados estimo regular los honorarios de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de pesos trescientos sesenta (\$360) y los de los Dres. Helio Guillermo Álvarez y María Candela Recio conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420) (art. 14 Decreto Ley N° 2200, reformado por Ley N° 4335, T.O.

Dto. N° 138/99). Asimismo, al dejar sin efecto la Sentencia de la Cámara corresponde readecuar la imposición de costas y honorarios de lo allí actuado (art. 279 del C.P.C.C.). Ello así, se imponen las costas en el orden causado y los honorarios de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de pesos trescientos sesenta (\$360) y los de los Dres. Helio Guillermo Álvarez y Maria Candela Recio conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420) (art. 14 Decreto Ley N° 2200, reformado por Ley N° 4335, T.O. Dto. N° 138/99).-----

----- A igual cuestión el Dr. Pasutti dijo:-----

----- Atento como he votado a la primera, acuerdo con la solución propuesta por el Dr. Caneo en la segunda cuestión.-----

----- A la misma cuestión el Dr. Royer, dijo:-----

----- Conuerdo con la solución propuesta por los Dres. Caneo y Pasutti, que me anteceden en el voto.-----

----- Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordado dictar la siguiente: -----  
-----

----- **S E N T E N C I A** -----

----- 1º) **DEJAR SIN EFECTO** la sentencia de la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia obrante a fs. 350/379 vta..-----  
-----

----- 2º) **DECLARAR** que el caso encuadra en el supuesto de "aborto no punible" previsto por el inc. 2º, primera parte del art. 86 del Código Penal.-----  
-----

----- 3º) **HACER SABER** a A. G. que goza de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo que se le concrete la práctica.-----  
-----

----- 4º) **DECLARAR** que los profesionales de la salud en el caso de realizar el aborto, deberán analizar los riesgos médicos que su práctica implica para la salud de A., debiendo previamente recabar el consentimiento informado de la menor y de uno de sus padres, al igual que en toda práctica médica.-----

----- 5º) **ENCOMENDAR** al Director del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, en tanto se requiera su intervención, la adopción de las medidas adecuadas para que en el menor plazo que aconseje la ciencia médica, la práctica se lleve a cabo en el nosocomio a su cargo o, si dicha institución no contase con los recursos humanos y medios pertinentes, en cualquier otro centro de salud público o privado de la mencionada ciudad. Notifíquese por medio del Juzgado de Origen.-----

----- 6º) **DISPONER** que A. continúe con el tratamiento psicológico ya iniciado, el que además debe estar orientado a todo el grupo familiar conviviente. **La Jueza de Primera Instancia**, como directora del proceso, notificará al Hospital de Comodoro Rivadavia a tal efecto y arbitrará todas las medidas necesarias para que se cumpla el tratamiento.-----  
-----

----- 7º) **NOTIFICAR** al Ministerio Público Fiscal a fin de que, en su caso, tome las medidas que a su juicio sean pertinentes para salvaguardar las pruebas de cargo que contribuyan al esclarecimiento del delito que se investiga en la causa N° 25.661.-----

----- 8º) **PONER** en conocimiento del Defensor General de la Provincia que deberá encomendar a quien designe que, acompañado de un psicólogo del E.T.I., preferentemente el que haya mantenido contacto con la menor, le lea detenidamente la sentencia y le expliquen claramente lo que se le hace saber en el pto. 3º de la parte dispositiva de la presente.-----

----- 9º) **SUGERIR** al Poder Ejecutivo, en caso que corresponda, para que en el marco de sus facultades, prontamente, prevea la elaboración de guías para los médicos que actúen en la Provincia con respecto a la atención integral de los abortos no punibles. A tales fines, líbrese Oficio al Sr. Gobernador de la Provincia.-----

----- 10º) **IMPONER** las costas por lo actuado ante este S.T.J. por su orden (art. 68 segunda parte del C.P.C.C.) y en mérito a la labor desarrollada, a la calidad y extensión de los recursos presentados **REGULAR** los honorarios de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de pesos trescientos sesenta (\$360) y los de los Dres. Helio Guillermo Álvarez y María Candela Recio conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420) (art. 14 Decreto Ley N° 2200, reformado por Ley N° 4335, T.O. Dto. N° 138/99), con más el I.V.A., si correspondiere.-----

----- 11º) **IMPONER** las costas de lo actuado en Segunda Instancia también en el orden causado y los honorarios por sus tareas para la Dra. Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de pesos trescientos sesenta (\$360) y los de los Dres. Helio Guillermo Álvarez y María Candela Recio conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420) (art. 14 Decreto Ley N° 2200, reformado por Ley N° 4335, T.O. Dto. N° 138/99), con más el I.V.A., si correspondiere.---

----- 12º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase inmediatamente. Recibidos los autos en el Juzgado de Origen, practíquense las notificaciones pendientes.-----

Fdo. Dr. Fernando S. L. Royer - Dr. Daniel Luis Carneo – Dr. José Luis Pasutti.-

Recibida en Secretaría el 08 de Marzo del año 2010.-

Registrada bajo el N° 01/S.R.E./2010 Conste.-

Fdo. Dra. Carmen Velez – Secretaria.-