

San Carlos de Bariloche, 5 de abril de 2010.

Autos y vistos:

El "Incidente de solicitud de interrupción de embarazo formulado por T. N.", el cual corre por cuerda de los autos caratulados "N., R. F. s/abuso sexual", expte. Nro. S.3-10-100, del registro de la Secretaría N° III de este Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II a mi cargo, a fin de dar respuesta a la solicitud de interrupción que fuera objeto de consulta por parte de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro.

I.- El inicio del presente incidente.

Mediante la presentación efectuada por el Dr. Miguel Ángel de la Cruz (a fs. 1), Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro, se solicitó al tribunal "... informar si es posible acceder a la pedido de la denunciante y su hija en el sentido de interrumpir el embarazo, ello en el marco del art. 86 del Código Penal".

Tal cosa, en razón del pedido efectuado por la joven T. N., de 17 años de, y su madre, M. H., debido a que dicho estado de gravidez sería producto de una violación.

La petición se encuentra acreditada mediante una copia del manuscrito suscripto por ambas mujeres (a fs. 16), ratificada luego en las audiencias celebradas ante el Defensor de Menores, Dr. Manuel Cafferata, y ante el suscripto (a fs. 23 y 47).

El certificado de nacimiento agregado a fojas 4 de los autos principales da cuenta del vínculo filial existente entre M. H. y su hija T.

Por otra parte, la situación de embarazo de T. se encuentra acreditada mediante la copia de la ecografía practicada en el Hospital de El Bolsón, la cual da cuenta de que al día 17 de marzo de 2010 la joven se encontraba en la semana 9,4 de gestación.

El citado funcionario del Ministerio de Salud adjuntó la nota que dirigió a la Dra. Natalia Freisztav, Directora del Hospital de El Bolsón, en cuyo contenido dio cuenta de que si bien médicamente no se ha acreditado que la menor haya sido víctima de una violación, existe un grado de probabilidad bastante alto de que tal cosa haya sucedido (a fs. 2).

II.- Las intervenciones sobre la joven y sus conclusiones.

Un equipo técnico de la Subdelegación de Promoción Familiar de la localidad de El Bolsón, integrado por la Psicóloga Karina Risiglione y la Licenciada en Trabajo Social Fernanda Carolaglia, confeccionó un informe social respecto de la menor, del cual surge que ésta es hija de F. N., pero que M., su madre, jamás convivió con él, sino que lo hizo durante varios años con el hermano del nombrado, P. N., con quien inclusive tuvo un hijo (a fs. 8).

Se desprende asimismo de dicho instrumento que Y., también hija de M. H., le expresó a su madre hace aproximadamente dos meses que P. N. abusaba de ella desde los 9 años de edad, lo que motivó que la mujer se separara de aquél y se fuera a vivir al Barrio Los Hornos, en donde se instaló junto a todos sus hijos.

El día 12 de marzo de 2010 T. se realizó un test de embarazo que arrojó resultado positivo, tras lo cual le expresó a su familia que era producto de una violación por parte de su padre, quien venía abusando de ella desde los 11 años de edad. Sostuvo entonces

que también P. -su tío- venía protagonizando igual conducta desde que ella tenía idéntica edad. Que tal circunstancia hizo que la madre de la menor radicara una denuncia dando cuenta de los repetidos abusos sexuales.

M. H. y su hija T. expresaron en el Hospital de Área de El Bolsón, como así también a las nombradas profesionales, su intención de interrumpir el embarazo en cuestión. El equipo técnico que llevó a cabo la confección del informe consideró que es fundamental que se haga lugar a dicho pedido dado que de ello depende la integridad emocional de T.

Posteriormente la menor se entrevistó nuevamente con la Lic. Risiglione y con la colega de ésta, Susana B. Eiros (a fs. 15). En dicha oportunidad la menor reafirmó con seguridad su deseo de interrumpir el embarazo. Refirió la preocupación de su madre, quien tiene miedo de que “piense en cosas malas”, situación que afirmó efectivamente le sucede, sin especificar de qué se tratan en particular esos pensamientos. Relacionó directamente sus intenciones de interrumpir el embarazo con el hecho de que su padre “sería el abuelo y sería el padre” de la criatura, y afirmó que si fuera otro el progenitor de su hija, pues entonces accedería a dar a luz.

Se adjuntó un detallado informe del seguimiento realizado a la menor por diversos profesionales que prestan servicio en el Hospital de El Bolsón (a fs. 11/14).

La Lic. Diana Sánchez se entrevistó con la menor bajo el sistema de Cámara Gessel el día 26 de marzo del corriente y, tras ello, elaboró un informe psicológico en torno a las conclusiones a las que arribó (fs. 24). Indicó allí que la joven tiene un desarrollo psicofísico acorde al esperado para su edad, que es intelectualmente capaz y que tiene un retraso en la instrucción formal.

Expresó, además, que no se observaron signos de patología mental alguna, aunque si de intensa angustia y ansiedad, incluso con manifestaciones físicas al momento de relatar las situaciones vividas. Concluyó que la revelación efectuada por T. resulta creíble, observándose que sus conductas, afectos y cogniciones son comprensibles y están en consonancia con la narración expuesta.

La Dra. Natalia Freisztav y la Licenciada en Servicio Social María Dolores Carini del Hospital de El Bolsón, elevaron un completo informe en relación a la situación familiar de T., como así también respecto de la entrevista mantenida con la Lic. Adriana Moarren, psicóloga del citado hospital (a fs. 26/33).

La Lic. Moarren informó que la menor se hizo presente en el consultorio de ginecología de dicho establecimiento, en donde manifestó su situación de embarazo y expresó que sólo mantuvo relaciones sexuales con su padre y con su tío desde que era una niña y en reiteradas oportunidades. Asimismo, afirmó su deseo de interrumpir el embarazo (a fs. 10).

Destacó que ante las reiteradas violaciones el estado de embarazo constituye para la joven la evidencia de la “no ley”, lo cual causa efectos de confusión, dolor, silencios, sumisión y autoagresión. Afirmó, además, que el abuso sexual es una posible causa de suicidios en el caso de algunas mujeres.

Por último, la psicóloga ofreció un espacio terapéutico para la menor y destacó que el aspecto jurídico de la cuestión lo precede como acto terapéutico, destacando que la justicia debe resolver en favor de la salud mental de la joven posibilitando luego hallar la solución a aspectos dolorosos de su vida.

Posteriormente la Dra. Freisztav informó que el nosocomio a su cargo cuenta con los medios farmacológicos y quirúrgicos para la realización de la práctica de interrupción del embarazo, aunque las tres médicas ginecólogas del hospital se constituyeron

formalmente como objetoras de conciencia para dicha práctica en todas sus instancias (a fs. 37/38). Remarcó que la intervención debería realizarse antes de las doce semanas de gestación según recomendación de la Guía de Atención del Aborto no Punible del Ministerio de Salud de la Nación.

Expresó, asimismo, que la salud psíquica de T. se encuentra seriamente comprometida, dada la condición de abuso crónico, coerción y ejercicio de poder que sobre su persona se ha venido ejerciendo durante varios años. Todo ello agravado por la situación de que sería su propio padre quien la habría embarazado. Concluyó, en tal sentido, que existen datos suficientes en relación a la existencia de un riesgo real para la salud psíquica de la joven, el cual sería muy difícil de revertir por medio de un tratamiento psicológico. A punto tal que de los informes profesionales se desprende la existencia de un riesgo potencial para su vida, ya que hay signos de retraimiento y auto-agresión, a lo que se suma el temor expresado por la madre de la menor, en cuanto a la posibilidad de suicidio por parte de su hija.

En relación a la hipótesis de interrupción del embarazo, el médico forense, Dr. Piñero Bauer, expresó (a fs. 34/35) que nunca es conveniente llevar a cabo ese tipo de intervención quirúrgica, dado que entraña en sí misma un riesgo para la madre. No obstante ello, remarcó que de acuerdo al tiempo de gestación presenado por T., los riesgos resultan mínimos. A punto tal de considerarse que las interrupciones de embarazo llevadas a cabo hasta las doce semanas de gestación son considerados como interrupciones de “bajo riesgo”. Asimismo, destacó que cuanto antes se llevase a cabo dicha intervención, menores serán los riesgos médicos para la madre.

Respecto de los eventuales riesgos biológicos para la persona por nacer, considerando que el padre de la criatura resultaría ser el progenitor de la joven que lo lleva en su seno, el Dr. Piñero Bauer señaló que éstos sólo existirían en la medida en que alguno de los progenitores portara algún gen recesivo que pudiera acarrearle trastornos malformativos. Tal cosa, sin embargo, resultaría cognoscible si se realizara un mapa cromosómico.

La menor embarazada mantuvo una entrevista con el Psicólogo Forense, Lic. Oscar Benítez, quien confeccionó un completo informe al respecto (a fs. 48/51). El profesional indicó que la examinada presenta un Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual, el cual consta de cinco etapas: el secreto; la desprotección; el atrapamiento y la acomodación; la revelación tardía, conflictiva y poco convincente; y por último, la retractación.

Señaló que todas esas etapas ya se han cumplido en T., aún la última de ellas, dado que la menor le expresó que quisiera liberar a sus ofensores de las sanciones que merezcan.

Por otra parte, concluyó que T. comprende categóricamente el hecho de que se encuentra embarazada y la dimensión de la solicitud formulada al tribunal en relación a la interrupción del mismo.

Asimismo, aseguró que los embarazos no deseados se traducen en un sentimiento de pobreza, de orfandad y desesperación, generando sentimientos demasiado dolorosos y hasta intolerables que a menudo se acompañan con ideas de finiquitad.

Refirió el psicólogo que la joven tiene conocimiento acerca de posibles alternativas a la interrupción del embarazo, pero que no es su deseo continuar con la gestación o llegar a tener que optar por esas otras alternativas, dado que no quiere entregar su cuerpo para la explotación y satisfacción de intereses que le son ajenos. Aseguró que si se produjera el nacimiento de la criatura, no sería destinada a la adopción.

Finalmente, el Lic. Benítez agregó que es de gran significación la ausencia de conflicto moral en el pedido efectuado por T., lo que no significa ausencia de moral, sino que, al no aportar a concepción religiosa alguna, las restricciones que pudieran imponerse desde criterios morales o religiosos se hallan ausentes.

Se consultó al Dr. Leonardo Saccomanno, integrante del Cuerpo Médico Forense de esta ciudad, en torno a cuál debería ser la técnica médica a implementar en caso de disponerse judicialmente la interrupción del embarazo de la menor T. N. El nombrado, tras efectuar una consulta con las autoridades sanitarias de esta ciudad y del Servicio de Ginecología y de Huellas Digitales Genéticas de la Universidad de Buenos Aires (UBA), concluyó (a fs. 55/56) que a la paciente debería serle administrada la droga denominada “Misoprostol”, la cual produce contracciones de útero que se traduce en la expulsión del producto del embarazo.

Expresó que la posibilidad de un aborto llevado a cabo de ese modo es exitosa en un 80%, y su experiencia es comparable con la de un aborto espontáneo. Los riesgos emergente de una maniobra como la descripta son similares a los causados por un aborto espontáneo, motivo por el cual, el tratamiento de las complicaciones que pudieran eventualmente surgir debería ser el habitualmente implementado en los abortos espontáneos.

Sostuvo, además, que teniendo en cuenta el lugar en el cual reside la menor involucrada sería necesario, con el único fin de preservar la evidencia que pudiera incriminar al responsable del embarazo, dispone su internación en la sala de cuidados mínimos del Hospital Zonal de Bariloche al momento de administrarle la medicación. Los restos ovulares expulsados por la joven, indicó, deberían ser remitidos al laboratorio sin ningún conservante en menos de 24 horas a fin de tipificar su ADN.

III.- Las posiciones asumidas por las partes escuchadas en autos

La Dra. Bisgoni, en representación legal del nasciturus, nada sostuvo sobre el fondo de la cuestión aquí planteada (57/58). Concretamente, acerca de si se debe o no hacer lugar a la autorización de embarazo.

Por el contrario, se limitó a postular la incompetencia del tribunal aludiendo a una jurisprudencia “mayoritaria” que no enumeró ni siquiera de modo sintético; sostuvo que es necesario designar a un tutor especial que ejerza la representación legal de la persona por nacer; solicitó la realización de un informe social o antropológico relativo al medio en el cual vive T. N. y, por último, petitionó se requiera la opinión consultiva al Comité de Bioética.

En primer término, respecto a la cuestión de competencia planteada por la Dra. Bisgoni, no surge de texto legal alguno que una decisión como la procurada por Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud se encuentre sujeta a la competencia de tal o cual fuero. Y ello es así por razones precisas.

En primer término, como se verá más adelante, debido a que ninguna autorización judicial es requerida para la realización de una práctica como la solicitada. Ello, en la medida en que se den todos y cada uno de los supuestos previstos en el art. 86, inciso 1° y 2° del Código Penal.

Luego, de mediar como en el caso de autos, una errónea petición al órgano jurisdiccional, pues entonces debe ser aquél organismo interpelado el que debe abocarse, sin dilaciones ni planteos marcados por la ambigüedad, sobre el fondo de la cuestión.

Una última razón permite desestimar por improcedente el planteo de incompetencia formulado por la representante legal del nasciturus. De acuerdo al criterio de especialidad, quien se encuentra mejor dotado desde un punto de vista técnico y académico para interpretar el contenido y alcance de un artículo del Código Penal es, lógicamente, un magistrado de dicho fuero.

Respecto a la designación de un tutor espacial, entiendo que no corresponde hacer lugar a la misma. En primer término, debido a que el artículo 397 del Código Civil lo prevé para los menores de edad y no, en cambio, para las personas por nacer. Luego, en virtud de que los intereses legales del nasciturus están al cuidado y protección de quien fuera para ello designada, ni más ni menos que la peticionante, Dra. Bisogni, quien ha tomado debido conocimiento de la cuestión aquí planteada, omitiendo, reitero, pronunciarse sobre el fondo de la cuestión que nos atañe: si se debe o no autorizar la interrupción del embarazo que cursa T. N.

En relación al informe social y/o antropológico de la menor y su entorno, ello acaso pueda resultar útil en los autos principales, en los cuales se investiga una hipótesis criminal que tiene a T. como víctima y a su progenitor y tío como imputados, pero no aquí, en donde se erige como dilatorio y por fuera del urgente objeto procesal que nos convoca.

La solicitada intervención del Comité de Bioética, más allá de su utilidad, confronta aquí con la necesidad de resolver con premura la cuestión planteada. Y para ello he de detener en cuenta que los cuatro días pasados han resultado feriado, y que la joven no puede esperar en razón de su estado un pronunciamiento que no sabemos cuándo en definitiva se produciría.

Luego, en su escrito de fojas 61762, solicitó se requiriese al psicólogo forense exprese si existe un grave riesgo físico y/o psicológico para la menor embarazada; si la interrupción del embarazo puede acaso originarle un daño psicológico; si ello puede producirle un trauma; así como por otros puntos en relación a los impactos de las maniobras abortivas en el cuerpo y en la psique de T. N.

Cómo se aprecia sin esfuerzo, no sólo dichos aspectos se encuentran ampliamente abordados en los informes y constancias obrantes en el presente incidente, sino que, una vez más, la citada funcionaria omitió referirse al fondo de la cuestión aquí planteada.

También el Sr. Agente Fiscal, Dr. Marcos Burgos, fue escuchado a fojas 63/67, ocasión en la que expresó que la intervención del suscripto en este incidente, toda vez que me encuentro también abocado a la investigación del hecho criminal que tiene a T. N. como víctima, afecta el principio de imparcialidad. Sostuvo, además, la conveniencia de que la cuestión aquí tratada sea sustanciada en el fuero de familia.

En miras a dar tratamiento a los argumentos esbozados por el Sr. agente fiscal respecto a la afectación al principio de imparcialidad, entiendo que en la especie hay una cuestión que debe ser sustanciada con urgencia y sin dilaciones innecesarias, y que esa cuestión es la vinculada a la autorización o no de la interrupción solicitada. Si un pronunciamiento en éste incidente vulnera o no dicho principio constituye una circunstancia a ser abordada en el expediente principal, por fuera de los restringidos límites temporales que aquí nos vinculan.

En relación a la conveniencia de que sea el fuero de familia el que resuelva este incidente, y en miras a evitar reiteraciones, me remito a lo afirmado ya en ocasión de referirme al planteo de incompetencia formulado por la Sra. Defensora Oficial, a cargo de la representación legal del nasciturus.

El representante legal de T. N., el Dr. Manuel Caferata, reconoció la vigencia del artículo 86 del Código Penal y la innecesariedad de que la autoridad médica peticione al órgano jurisdiccional acerca de una interrupción tal. Destacó que el dispositivo previsto en el artículo 86, inciso 1° y 2° del Código Penal se funda en un estado de necesidad y, como tal, actúa como causal de justificación frente al delito. En síntesis, expresó que siendo el hijo que espera su asistida producto de una violación, pues entonces resulta de aplicación el precepto legal mencionado.

IV.- La situación de la menor

Ha quedado planteada ya cuál es la complejidad de la cuestión que aquí se sustancia: la petición de una joven de 17 años de edad, que cursa actualmente un embarazo de 11 semanas, producto de reiteradas violaciones por parte de su padre, quien ha expresado su voluntad de interrumpir el embarazo en cuestión.

La joven, como hemos visto, comprende el escenario en el cual se haya inserta: su estado de embarazo; la identidad de quien presume fundadamente le corresponde la paternidad de la criatura que lleva en su seno; la posibilidad de que se interrumpa dicho embarazo; y su negativa a optar por la posibilidad de otras alternativas. Por ejemplo, la concierne a dar a luz y posteriormente entregar a la criatura en adopción.

Y afirmo que comprende la situación en la cual se encuentra sumida, toda vez que así ha sido reconocido por los profesionales que la han tenido enfrente suyo, así como a partir de las conclusiones que de modo personal me he hecho tras mantener una entrevista con ella.

De modo que se trata de una joven lúcida, conciente de los términos de la posición que ha venido asumiendo en torno a su maternidad, quien junto a su madre han reiterado una y otra vez cuál resulta ser su voluntad en tal sentido.

V.- El derecho positivo argentino y la posibilidad de interrumpir el embarazo

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 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”.

Esta última previsión ha venido generando polémicas y discusiones respecto a su alcance. Así, una corriente -amplia- sostuvo que comprendía también al embarazo producto de cualquier violación, incluso la que tuviera como sujeto pasivo a una mujer normal – al respecto, Ramos, Jiménez de Asúa, Molinario, Soler, Fontán Balestra, Ghione, más recientemente Donna-

Por el contrario, otra postura -restringida- entendió que la exculpación sólo regía para el caso de una mujer idiota o demente -en tal sentido, Peco, Núñez, López Lastra, Marcelo Finzi; ahora Creus, Breglia Arias y Gauna.

De lo que no cabe abrigar duda es que en nuestro sistema legal 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 -al respecto, voto del Dr. Balladini en los autos “Masello Gustavo Leandro s/ acción de amparo s/ apelación”, expte. Nro. 23772/09-STJ de la Provincia de Río Negro -.

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 agregó excepciones por las cuales el Estado decide no castigar la práctica abortiva -aborto con indicación eugenésica o indicación criminológica-.

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 que debe dictaminar y aplicar la intervención que corresponda; y ello trasunta por los caminos de legalidad y de la no punibilidad. No es el juez el que habilita o autoriza la interrupción, sino, en cambio, la norma legal misma la que efectúa tal cosa.

Soy de la opinión de que el art. 86, en lo que aquí respecta, no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Y ello es así, debido a que 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 cuestión -al respecto, “F.,A.L. s/ Medida Autosatisfactiva, expte. Nro. 21.912-F-2010, STJ, Provincia del Chubut- .

El supuesto de no punibilidad establecido normativamente compromete otros derechos fundamentales de rango análogo -dignidad, salud e igualdad-, por lo que no puede calificarse ni de irracional ni de arbitraria a la decisión legislativa. Ella aparece fundada en una causa grave y excepcional, sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional.

Tal como se desprende de lo antedicho, 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 la que se enrolan autores como Luis Jiménez de Asúa, Alfredo Molinario, Sebastian Soler, Rodolfo Taberero y Eugenio Cuello Calón Eugenio, entre otros.

De modo que corresponde ahora preguntarnos si este caso concreto, en el que la menor de 17 años, embarazada como consecuencia de haber sufrido un abuso sexual por parte de su padre, se encuentra o no contemplado en alguno de los supuestos previstos por el art. 86 del Código Penal.

La respuesta a dicho interrogante es afirmativa. T. N. se encuentra en la hipótesis prevista en el art. 86, inciso 2º de nuestro ordenamiento sustantivo, norma penal que protege -como principio- el derecho a la vida de la persona por nacer. Pero que 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.

VI.- ¿Qué dice el derecho internacional en relación a la cuestión planteada?

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.

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.

Sabido es que su incumplimiento genera la responsabilidad del Estado Nacional, como la que actualmente se le imputa ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por denuncias formuladas por la CLADEM y distintas organizaciones civiles.

Cabe recordar en este punto, además, que en el caso de L.M.R.-causa 7326-, la República Argentina admitió su responsabilidad a raíz de 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. A punto tal de reconocer 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”.

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.

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 de septiembre de 1998.

El Superior Tribunal de Justicia del Chubut, en su fallo ya referido, recordó los términos de la Recomendación CCPR/CO/70/ARG, formulada a nuestro país por el Comité de Derechos Humanos que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Mediante aquella sostuvo que : “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”.

El mencionado Superior Tribunal de Justicia, además, aludió al informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (E/CN.4/1999/64/ADD.4), en cuanto sostuvo que: “las leyes que proscriben o amplían las restricciones al aborto a los casos de violación son discriminatorias contra las mujeres en general y las víctimas de violaciones en particular, y el Estado agrava el

perjuicio causado a la víctima de la violación imponiéndole un embarazo que no desea. El Estado tiene la responsabilidad de proteger la salud reproductiva y los derechos reproductivos de la mujer, y toda manipulación del control por la mujer de su propio cuerpo y de la reproducción, las leyes que penalizan el aborto va en contra de esa obligación”.

VII.- La denuncia penal. Abuso sexual.

Tramita por ante este tribunal la causa penal originada por la denuncia penal formulada por M. H., progenitora de la menor T. N., por medio de la cual puso en conocimiento de la Comisaría 12da. de El Bolsón los repetidos abusos sexuales que venía siendo víctima su hija desde hacía 6 años atrás, por parte de quien resultan ser su padre y su tío respectivamente. Y más aún, la existencia de su estado de embarazo producto del ataque del primeramente nombrado.

Las imputaciones concretadas en la causa penal serán en lo sucesivo esclarecidas, mas la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite. Ello, por cuanto no puede exigirse una sentencia condenatoria en sede penal para habilitar el supuesto previsto por el art. 86, inciso 2° el Código Penal, pues 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.

Al respecto, considero inclusive que a efectos de despejar dudas acerca de la existencia o no de la violación no es necesaria la denuncia y/o investigación del hecho ilícito punible, sino que es suficiente con invocar seriamente la existencia del mismo, aun cuando se encontrase actualmente siendo objeto de pesquisa en sede penal.

VIII.- Acerca de la necesidad o no de una autorización judicial.

Otro de los puntos que deben ser abordados en la presente, previo a resolver en torno a la autorización peticionada, resulta ser aquel relativo a la necesidad o no de formular tal solicitud al órgano jurisdiccional.

Como ha sido dicho en otras ocasiones, 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. Ello, en lo fundamental, debido a que no existe en la citada norma disposición que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta -al respecto, vale considerar el voto del Dr. Balladini en los autos “Masello Gustavo Leandro s/ acción de amparo s/ apelación”, expte. Nro. 23772/09-STJ de la Provincia de Río Negro -.

Está claro, entonces, que en supuestos como el aquí tratado el legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, puesto que 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.

No obstante lo dicho, no puedo omitir que en el presente caso le ha sido peticionado de modo expreso y puntual al suscripto el otorgamiento de una autorización para interrumpir el embarazo que actualmente cursa la menor.

De acuerdo a la premura que amerita este caso, no habré de profundizar los motivos que hubiera podido tener la administración sanitaria para la formulación de una petición tal, aun cuando aquélla, conforme lo señalado hasta aquí, pudiera tener su origen en la objeción de conciencia formulada por parte de los profesionales médicos que prestan servicio en el área de ginecología del Hospital de El Bolsón.

Lo cierto es que, aunque de modo improcedente, un pronunciamiento del órgano jurisdiccional ha sido formulado, y ante ello, entiendo que no es dable abonar desde esta sede el estado de incertidumbre que puede afectar, acaso por desconocimiento u otros motivos, a los profesionales de la salud.

Dicho de otro modo, la administración de justicia no debe generar márgenes para tornar difusos aquellos espacios legales sobre los que deben regir luz y claridad, evitando generar lagunas e interpretaciones marcadas por la ambigüedad, las que, en definitiva, como efecto previsible pueden afectar y acaso impedir el acceso de la población a la justicia, con la eventual responsabilidad internacional que ello puede acarrear al Estado provincial y al propio Estado argentino.

Por lo demás, resulta indispensable considerar que el factor tiempo constituye un componente definitorio de la justa y eficiente satisfacción de la pretensión esgrimida. Y que 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 y a partir de las especificidades que la caracterizan.

IX.- Deberes de los profesionales de la salud

Dicho lo anterior, debe ser expresado en esta ocasión que es el médico diplomado el único dotado del bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permite apreciar si se dan las condiciones para la práctica del aborto no punible previsto en alguno de los supuestos del art. 86 del Código Penal.

La norma así lo indica y no pueden supeditar su actuación a la intervención judicial. Deben, por lo tanto, asumir los deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias, puesto que 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 Código Penal. y/o la consecuente prestación del servicio.

Vale señalar que 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.

Y tal cual ha sido afirmado en otras ocasiones, resulta de vital importancia que los profesionales de la medicina, a pesar de la vigencia de la norma, cuenten con protocolos, reglas o guías que se ocupen de la atención integral de los abortos no punibles. Instrumentos que, en definitiva, permiten reducir y evitar las barreras u obstáculos que se les presentan a las mujeres cuando acuden al servicio de salud pública, así como los numerosos abortos no punibles que se dan, innecesariamente, en la clandestinidad -al respecto, "F.,A.L. s/ Medida Autosatisfactiva, expte. Nro. 21.912-F-2010, STJ, Provincia del Chubut-

X.- Contradicción de intereses

Resulta insoslayable aceptar que nos encontramos en la especie con una manifiesta colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos; concretamente, entre la vida humana, por un lado, y la libertad sexual y la autodeterminación personal, por el otro.

Tengo en cuenta, al respecto, que 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 -al respecto, 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-.

La doctrina nacional ha reconocido que, en supuestos como el aquí tratado, aferrarse a 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 suscitado, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y con posibilidades económicas. A punto de cerrar los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo -así, 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-.

Siguiendo al Dr. Germán Bidart Campos, entiendo que ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad es una de las notas que los caracterizan -”Manual de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 189 y también María A. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina”, LL, pág. 77-. Y que, de acuerdo a ello, en el caso de la concepción producida por violación-abuso sexual con acceso carnal-, la ley hace prevalecer al segundo -libertad sexual y autodeterminación-, sobre el primero -vida humana- (en tal sentido, Gil Domínguez, Famá, Herrera, “Derecho Constitucional de Familia”, Ediar, Bs. As., 2006, Tomo II, págs. 1022, 1023).

XI.- Conclusiones

La protección legal del feto, en cualquier estado de la gestación, surge de nuestra Constitución Nacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a ella en el año 1994, además de la propia reglamentación establecida en el Código Penal.

De esto se deduce que en nuestro ordenamiento jurídico la vida se protege desde la concepción hasta la muerte con diferente intensidad. No merece el mismo tratamiento legislativo la etapa previa al nacimiento, y así lo prevé el Código Penal argentino, que la posterior al mismo.

La interrupción del embarazo constituye un mal que sólo excepcionalmente puede causarse, y en esto la opinión legislativa es unánime -al respecto, “Interrupción del embarazo”, Zulita Fellini, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2003-2, pág. 138-.

Y justamente ante esta realidad nos encontramos. Más precisamente, reitero, frente a una joven de 17 años de edad que cursa un embarazo de 11 semanas, producto del abuso

sexual al que la sometiera su propio padre, además de su tío, en el marco de un periódico sometimiento sexual desarrollado al menos durante seis años a su respecto.

Estado de gravidez cuya continuidad, conforme a los antecedentes del caso, pone en riesgo psíquico la salud de la madre. Esfera que se encuentra contemplada, claro está, en la definición que de “salud” efectuara la Organización Mundial de la Salud (OMS), el sentido de considerarla como aquel “completo... estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente a la ausencia de afecciones y enfermedades”.

De modo que nos encontramos frente a una joven lúcida y psicológicamente estable que, junto a su madre y a su representante legal, fue debidamente informada acerca de la naturaleza de la petición formulada, sus posibles consecuencias y las alternativas existentes. Y que, tras ello, ratificó una y otra vez su firme voluntad de que se interrumpa el embarazo que cursa.

Si tal resulta el cuadro que aquí nos convoca, pues entonces, como ha sido dicho, la autoridad sanitaria omitió actuar tal cual se encuentra previsto en el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal, y procedió a judicializar indebidamente una intervención que debió quedar reducida al ámbito de su competencia.

Reitero aquí que no se habrá de profundizar en torno a los motivos que hubiera tenido para incurrir en tal alternativa, no obstante considero oportuno recomendar a la representante de ese organismo del Estado a que en lo sucesivo asuman las obligaciones legales en torno a tan delicada cuestión. Y ello, por cuanto a nadie puede pasar desapercibido que quien resulta perjudicado por las demoras, dudas, y ambivalencias administrativas es la joven que con buena fe y confianza en las instituciones del Estado se acerca a ellas para plantear el mal del que ha sido víctima y pedir auxilio.

Dicho lo anterior, una vez formulada la indebida petición al órgano jurisdiccional, no puede éste prolongar la demora en la sustanciación de la cuestión, generando espacios de dudas, o apelando a artificios procesales por medio de los cuales dilatar aún más el tratamiento de tan dramática cuestión. Por el contrario, debe la judicatura responder con premura, interpretando los datos sociales que hacen a la cuestión, y aplicando el derecho en vigencia. Concretamente, en este caso puntual, el dispositivo previsto en el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal.

Artículo que pese a sus defectos de redacción y a los debates que ha venido suscitando en torno a su alcance e interpretación, lo cierto es que no ha sido declarado inconstitucional ni contrario al texto de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

De acuerdo a ello, en virtud de las características y peculiaridades de la cuestión traída a conocimiento del tribunal, acerca de las cuales ya me he venido explayando, habré de autorizar la interrupción del embarazo solicitado. Ello, sin perjuicio de que T. en lo sucesivo, y hasta llevada a cabo la intervención médica autorizada, cambie de opinión y adopte una decisión en contrario.

La intervención en cuestión deberá ser llevada a cabo dentro de la esfera de competencia del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro. Atento a la objeción de conciencia formulada por los profesionales del área de ginecología del Hospital de El Bolsón, la intervención se realizará en el nosocomio local del modo indicado a fojas 55/56 por el Dr. Leonardo Saccomanno, quien junto a su directora tendrán a su cargo la supervisión general del despliegue médico-sanitario que se efectúe, tomando todos los recaudos necesarios para salvaguardar la vida y la salud de T. N.

Idénticos recaudos deberán adoptarse a fin de coleccionar y preservar la prueba biológica que, en los autos en los cuales se investigan los abusos sexuales sufridos por la joven,

permita en lo sucesivo realizar los análisis de histocompatibilidad genética que resulten necesarios para arribar a la verdad material de lo acontecido.

Así las cosas, de conformidad a los motivos, fundamentos y conclusiones arribadas,

Resuelvo:

I.- Poner en conocimiento de la Sra. Ministra de Salud que en los casos contemplados en el art. 86, segundo párrafo, incisos 1° y 2° del Código Penal, no se requiere de autorización judicial para proceder a la interrupción de un embarazo, siempre y en cuanto se trate de los supuestos específicamente previstos en dicha norma, y se hubiera dado cumplimiento a los términos establecidos en la misma.

II.- De acuerdo a la petición formulada a la jurisdicción a fojas 1, autorizar la interrupción del embarazo de T. N., declarando que su situación se encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86, inciso 2° del Código Penal.

III.- Poner en conocimiento del representante legal de T. N., Dr. Manuel Caferata, que junto al profesional que escoga de la planta del Cuerpo Médico Forense, deberá informar a la menor y a su madre de que gozan de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo en que se concrete la práctica médica autorizada.

IV.- Notificar de lo ordenado a la Sra. directora del Hospital Zonal de Bariloche y encomendarle que, en tanto se requiera su intervención, adopte las medidas adecuadas para que la práctica se lleve a cabo en el nosocomio a su cargo en el menor plazo que aconseje la ciencia médica, bajo su supervisión general y la del Dr. Leonardo Saccomanno, integrante del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro.

V.- Notificar al Dr. Leonardo Saccomanno lo resuelto en autos, encomendándole que supervise personalmente la práctica autorizada, la cual deberá llevarse a cabo mediante la modalidad que fuera por él informada a fojas. 55/56, adoptando todas las medidas que resulten pertinentes para salvaguardar la evidencia criminal y, más concretamente, los restos ovulares expulsados por la menor en miras a un posterior examen de ADN.

VI.- Poner en conocimiento de la Sra. directora del Hospital Zonal de Bariloche, que previo a comenzar con la intervención médica ordenada respecto de T. N., deberá ser ella, junto a su madre, minuciosamente informada en relación a cada uno de los pasos médicos y sanitarios que habrá de seguirse a su respecto.

VII.- Recomendar a las partes y al personal médico que habrá de intervenir en lo sucesivo, para que adopte todos los recaudos necesarios para preservar la identidad de la joven peticionante y de su madre.

Protocolícese, regístrese, notifíquese.