------ 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. Nº 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 25.661.----------

------ 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 marido "... el viernes 13 de Noviembre de 2009 a la noche, cuando todos dormían, 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 matinée, 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 recurso 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 feria 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 madre.----------

------ 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 dormía 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 las 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 revitimizante 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 incompatile 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 excepcionados 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 mas 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. 72/79, 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 armonizante. 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 si, y que existen otros medios, a mas 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 están 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 medidas 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, éstos 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. Merituó 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 indudable 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. 86 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 peticiona 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. Compartió 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 acompaña 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 Misoprostol.. 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, Capitulo 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 mas moderno y de mayor seguridad para la paciente es el medicamentoso o farmacológico, también mas 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 desaparecen 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.P.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 sostuviera el Dr. Morello- "... los Jueces de Corte no son fugitivos de la realidad, sus oídos están atentos 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 venia que autorice una conducta determinada, que en el sub-lite, se traduce 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 1y 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 necesariedad de un requerimiento judicial como el de marras para darle operatividad a la norma en la que se sustenta 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 adelanto, 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 viviencias 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. Martelossi (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 darlo 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 dotado 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 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.----------

------ 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 votante 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, Néstor 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.- Efectuada 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.P. 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, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías

expeditivas y evitar que el rigor de las formas puedan conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (C.S.J.N., 23/11/2004, "M., S. A.", Lexis Nº 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, l.l., 1986-E-648).----------

------ En tal sentido, tal como lo sostuviera 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. 1°, 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 especifica 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*" (Néstor 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.P. 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", L.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. I de la DADyDH se tuvieron en cuenta normas que preveían 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 I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n. l, 2 (casos A y B) …". Concluyó que los Estados Unidos tenían "razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I 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. Esta 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.P.. 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.P., 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.P., 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. 2° 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 torna 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° 1336/09, 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 matinée, 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. 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*" (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 Tuñon 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. 2°, 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 aparecen 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. I. 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. 189 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 dicte, 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, 226:688; 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 delicadas 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 recaída, 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 (Sagüés, Néstor, "Recursos Extraordinarios", Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 368).-------

------ 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 Mohito, "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/ dcia. 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 padrastro) cuya aparición, sin bien súbita y repentina, data 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 esta 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 remitan 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 las 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 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.----------

------ En otra oportunidad, este mismo organismo, declara que obstaculizar el aborto en supuestos en los que la menor violada manifiesta su deseo de no continuar con el embarazo es una situación incompatible con los arts. 3, 6, y 7 del Pacto, así como con el art. 24, cuando hay involucradas jóvenes menores de edad. CCPR/C/84/ADD.6, CCPR/CO/ 70/PER).----------

------ 5.- Por su parte, el informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (E/CN.4/1999/64/ADD.4) afirma 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".---------

------ 6.- Finalmente, debe tenerse presente que: "cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos a que ese tratado contemple, siempre que en el presente, contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata" (Fallos, 315:1492) y como una derivación de lo expuesto, que: "Los Estados Parte, se obligan a que sus sentencias…provean a la aplicación de los pactos, reconociendo, garantizando y facilitando el ejercicio y el goce de los derechos que ellos declaran. En suma, los tribunales judiciales son órganos del Estado y sus decisiones son actos de poder estatal vinculados por el tratado". (Germán Bidart Campos, "Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución", EDIAR, Bs. As., 1989, pág. 128).----------

------ 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 Lázzari, 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. 2°, 1° 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 Nº 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 31/07/2006).----------

------ 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: 1°) 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 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° 25.661; 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, con ese objeto se librará el pertinente oficio; 10°) 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 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 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). 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:----------

------ Concuerdo 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** ----------

------ 1°) **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.----------

------ 10°) **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 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), con más el I.V.A., si correspondiere.----------

------ 11°) **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 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), con más el I.V.A., si correspondiere.---

------ 12°) **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 Caneo – 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.-

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: "F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" (Expte. Nº 21.912-F-2010).----------