Comodoro Rivadavia, de febrero de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados “F. A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, Expte. Nro. 41/2010, venidos del Juzgado de Familia Nro. 3(Expte. Nro. 17/2010), por haber interpuesto la parte actora a fs. 194 y la joven AG a fs. 196, recursos de apelación contra la sentencia de fs. 153/169, que no hizo lugar a la autorización para interrumpir el embarazo de A. G. y dispuso un se-rie de medidas de protección de la joven embarazada y su grupo familiar.

I.- A fs. 201/204 se agravia la actora, iniciadora de los presentes. En primer lugar agravio señala que “se agravia esta parte dado que se ataca la medida adoptada” conceptualiza las medidas autosatis-factivas, señala su objeto, explica sus alcances. En segundo termino le genera agravio que el fallo conside-ra la existencia de derechos absolutos. Como tercer queja señala contradicción en los postulados del fallo. La siguiente critica la dirige a que el fallo atacado no consideró que el caso planteado se encuadre en el Art. 86 inc. 2 del C. Penal, haciendo una interpreta-ción restrictiva del mismo, sin verificar si es la in-terpretación adecuada a la luz del derecho internacio-nal de los derechos humanos y el principio de no dis-criminación, y compartir los argumentos de la causa “R. H. s/ ACCION DE AMPARO” del Juzgado Correccional de Bahia Blanca y RLM s/ Denuncia” del Tribunal de Menores Nro. 5 de La Plata y PMB del Juzgado Civil y Comercial de Rosario publicado en LL 1988-E-375. Indica que el caso se encuentra en proceso ante el comité de Dere-chos Humanos de Naciones Unidas por haber reconocido el Estado Argentino que negar una práctica de aborto a la niña en cuestión era una vulneración de sus derechos fundamentales reconocidos en el Pacto de Derechos Civi-les y Políticos. Como quinta queja indica que se argu-mentó que el caso no encuadra en el supuesto previsto por el Art. 86 inc. 1 del C. Penal no obstante tener por acreditado el daño y afectación a la salud psíquica de la adolescente y el efecto traumático que provocó el abuso reiterado y la violación y la profundización del mismo con el embarazo. En sexto lugar le agravia que se considere un tiempo limite para la realización del aborto solicitado, y que al momento de la presentación de la demanda ya estaba excedido. Manifiesta que está totalmente en desacuerdo con tal e ilustra sobre la practica en distintos paises en que puede realizarse hasta las 24 y 28. Señala que los asesores de la Gene-ralitat defienden el plazo de 24 semanas y sin limita-ción para los casos de malformaciones y peligro físico o psíquico de la madre. Describe distintas recomenda-ciones efectuadas por Comité Consultivo de Bioetica de Cataluña y el rechazo Parlamento Británico de rebajar el plazo limite legal para interrumpir el embarazo por debajo de las 24 semanas.

A fs. 221/240 obra la expresión de agravios de la joven A. G. Denuncia falta de nexo lógi-co entre los hechos, considerandos y el resolutorio. Explica que a tenor de la estructura de la sentencia, surge que cualquiera hubiera sido la interpretación que efectuara del Art. 86 del Cod. Penal, existiendo o es-tando ausente la adecuación de los hechos a los supues-tos previstos en la norma la sentenciante habría recha-zado la posibilidad de cualquier aborto, pues luego de concluir que el caso llevado a su examen no encuadra en ninguno de los supuestos del mentado Art. 86 entendió que si se concediera la autorización para interrumpir el embarazo, se violaría irremediablemente el derecho fundamental de la vida de la persona por nacer. Pun-tualiza también que el a quo trascribe elementos de prueba agregados pero omite confrontarlos con otros de igual o mayor peso como el informe del ETI sin fundar el apartamiento del mismo. Concluye que la sentencia es arbitraria y contradictoria, sin que las notas típicas de las medidas cautelares

en procesos de familia alte-ren los principios de validez del acto jurisdiccional según lo prevé la normativa ritual.

Se introduce luego a la segunda critica que sostiene en la errónea interpretación del Art. 86 inc. 2 del C. P. Señala que la juez, al concluir que el caso no encuadra en el supuesto de permisión del aborto del inc. 2 del Art. 86, se enrola en la posición de in-terpretación restrictiva de la norma, pese que tanto la doctrina y jurisprudencia se inclinan cada vez mas por la adopción de la tesis amplia de interpretación. Re-edita los argumentos que esgrimiera en su presentación anterior (fs. 117/129) respecto de la tesis amplia de interpretación de la norma, en el sentido de no ser pu-nible el aborto cuando el embarazo proviene de una vio-lación, con apoyatura en la traducción del texto del cual fue tomada la norma en nuestro ordenamiento, en la interpretación sistemática del mismo que hace la doc-trina mayoritaria consistente en que en el caso de em-barazos provocados por violaciones, cualquiera sea la salud mental de la victima, o por relaciones sexuales con mujeres mentalmente insanas, el aborto es legalmen-te permisible porque no tiene el deber de ofrecer su cuerpo a disposición del salvamento de otra vida. Seña-la que la interpretación restrictiva propiciada por la sentenciante está en tensión con los valores liberales de nuestra constitución y transforma la regla del per-miso en arbitraria y discriminatoria. Adiciona distin-tas líneas argumentales para sostener la postura que propugna, que entiende que es la que mejor se compati-biliza con el valor constitucional de igualdad entre varones y mujeres, previstos por la reforma de 1994 y los tratado de derechos humanos incorporados por la misma.

En tercer lugar tacha de errónea la in-terpretación efectuada del inc. 1 del Art. 86 del C. P. Indica que la a quo si bien tuvo por acreditada la afectación y daño en la salud psíquica de la adolescen-te y el efecto traumático provocado por el abuso reite-rado y la violación y la profundización del mismo con el embarazo no deseado, efectuando apreciaciones res-pecto de las consecuencias físicas y psicológicas que podría provocar la intervención quirúrgica, no evaluó el daño psíquico y físico derivados de la continuación del embarazo y alumbramiento, sobre lo cual, señala, tampoco hay informe alguno. Refiere al dictamen del ETI de fs. 27 del cual colige que el daño derivado de la continuación del embarazo de A. contra su voluntad aparece actual y cierto, extremo no tenido en cuenta por la juez quien descartó la posibilidad de la inter-vención fundada en que no contribuiría a la recupera-ción de la salud psíquica, cuestión, que sostiene, no debía ser analizada para encuadrar el caso en la norma. Critica la decisión en cuanto pensó la intervención quirúrgica como único método para la interrupción del embarazo. Indica que actualmente se cuenta con la posi-bilidad de realizar el aborto farmacológico sea en el primer o segundo trimestre de la gestación según reco-mendaciones de la Federación Latino Americana de Socie-dades de Obstetricia y Ginecología (FLASOG) que acompa-ña. Recuerda las transformaciones que sufre el cuerpo en la gestación y las repercusiones posibles en el apa-rato psíquico, entorno social, vida familiar y trunca-miento del proyecto de vida, debiendo soportar los ma-lestares de los últimos meses de gestación, dolores musculares, de contracciones y del propio parto. Refie-re también a los distintos plazos vigentes en diferen-tes países para permitir la interrupción del embarazo y especialmente al informe brindado por la Dra. K. del Hospital Zonal de Trelew en relación a la posibilidad de realizar el aborto farmacológico como medio seguro de interrupción del embarazo hasta la semana 20 de ges-tación con respaldo publicado por FLASOG que acompaña. Por ello concluye que el avanzado estado gestacional y el riesgo de intervención quirúrgica en que la juez ba-so el rechazo de la pretensión devienen equívocos. Con-sidera una exigencia adicional que impone la juez al decir que el agravamiento de la salud psiquica que se invoca no puede considerarse como un daño autónomo. Tal exigencia no está prevista por la norma, que ni siquie-ra exige la configuración de un daño cierto, solo se refiere la evitación de

un peligro. Extremo, que indi-ca, sobre el que ya había argumentado. Critica la deci-sión de la sentenciante en cuanto entendió que el daño derivado de la continuidad del embarazo puede ser evi-tado por otros medios. Precisa que si no reconoce el daño a la salud generado en A. menos podría determinar los medios idóneos para evitar las consecuencias del peligro real y daño generado por la prosecución de la gestación. Insiste que tal peligro actual y cierto de continuar con la gestación ha sido verificado por el ETI a fs. 27 y los informes de fs. 82 de los Licencia-dos del Hospital Regional y de fs. 125/126 de que in-dican la presencia de ideación suicida precisando que ninguno de tales informes dictamino acerca a la exis-tencia de medios hábiles para evitar el peligro adver-tido en la conducta de la joven. Remite asimismo al in-forme del Dr. T. que acompaña al impugnar el dictamen del comite de ética.

Precisa el cuarto agravio en la errónea interpretación de la alegada “reserva” al Art. 1 de la CIDN que conduce a la falaz contraposición de la norma-tiva aplicable al caso que la lleva a la juez a enten-der que para el derecho argentino los seres humanos no nacidos gozan del mismo estatus jurídico que el de la madre. En tal sentido puntualiza que el Art. 2 de la ley 23849 constituye una mera pauta interpretativa que no modifica los alcances del tratado pues no alcanza el estatus de reserva.

Continua la queja en la omisión de va-loración y contenido del interés superior del niño como fundamento del rechazo del pedido de autorización. In-dica que no se justificó las razones por las que se haria efectivo el mentado interés de la niña con la preservación compulsiva de la vida del feto.

En sexto término denuncia el aparta-miento infundado de las conclusiones brindadas por el ETI por tener la a quo la convicción que el aborto agravará los efectos producidos en la salud psíquica y denuncia la insuficiencia de la enunciación del comité de ética en el sentido del mayor daño psíquico que pue-da causar un aborto, para enervar el valor probatorio del informe del ETI, máxime con el riesgo concreto que existe por la ideación suicida de la que tanto el ETI como el comité han dado cuenta.

En último término señala el perjuicio irreparable que causan las medidas de protección dicta-das de oficio –una serie de intervenciones simultáneas de diversos equipos interdisciplinarios, tratamientos, terapias, controles y seguimientos y la presencia per-manente de un acompañante terapéutico individual- en cuanto constituyen un peligro inminente de incremento de daño psíquico y consecuente incremento del riesgo para la vida de la joven embarazada. Indica que fueron dictadas en vulneración con el deber de oír en forma previa a la joven, el derecho de decidir sobre su salud y por carecer de motivación fáctica y jurídica.

Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 254/258 impugna el dictamen del Comité de Bioética a fin que se desestimen las conclu-siones volcadas. Denuncia la improcedente conformación del comité ad-hoc de acuerdo a lo previsto por la ley provincial 4950. Efectúa consideraciones sobre el dic-tamen pronunciado por el mentado comité. Objeta la fal-ta de alternativas presentadas por los profesionales ante un caso como el de autos, sin evaluar otra opción distinta a la intervención quirúrgica como vía de inte-rrupción del embarazo, sin explicar la razón de descar-tar cualquier otra alternativa, tal como el aborto farmacológico, propiciada por la apelante de conformi-dad con la documentación que acompaña y conforme la cual también impugna el plazo limite para realizar la interrupción del embarazo. Aduna que en la mayoría de los casos jurisprudenciales de nuestro país que autori-zaron la interrupción el embarazo era de 18 o 19 sema-nas. Respecto de la evitación del riesgo, el

comité establece que puede evitarse mediante apoyo terapéutico hasta que se produzca el parto. Recuerda que conforme lo afirmaron todos los profesionales en psicología di-cha evitación es imposible, tampoco se pudo afirmar que un tratamiento psicoterapéutico pueda garantizar el re-sultado de evitación del peligro para la vida o salud. Señala que si se asume que hay un riesgo controlable –en los términos del dictamen- se admite que el riego existe y la falta de posibilidad de evitar el peligro. Reitera que el suicidio no es el único peligro, sino todos los ulteriores peligros para la salud de a. du-rante el transcurso de la gestación y el alumbramiento.

Refuerza su postura en el informe sus-cripto por el Dr. J. L. T. en consulta que realizara sobre el caso y que acompaña.

A fs. 273 obra constancia del contacto tomado por el Tribunal con la joven A. de la que surge que la misma no acepta otra opción distinta a la inte-rrupción del embarazo aunque reconoce que el aborto im-plica quitar una vida. Manifestó su inquietud porque “todos opinan sobre mi”. Se mantuvo entrevista con su madre.

A fs. 276/310 y 329/343; obran diver-sas presentaciones en calidad de Amicus Curiae de la Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, Fundación Ñunque Cuyen-Madre Luna; Foro por los Derechos Reproductivos; Casa de la Mujer de Puerto Ma-dryn; Asociación Civil La Casa del Encuentro; Las Jua-nas y las Otras, Asociación Civil Palabras, Mujeres de Izquierda, Feministas en Accion, Enlace CLADEM, Jovenes por la elección y el placer; ADEM; Foro Pampeano por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, XUMEK, Aso-ciación para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, Mujeres Marchando, Las Lilith; CATWLAC Coali-ción contra la trata y el trafico de mujeres y niños, Colectiva Feminista Las Revueltas; Mujeres por la Soli-daridad de Santa Rosa-La Pampa, Colectiva Tienes Que Decidir, Sociedad Humanista-Etica “Deodoro Roca”; Grupo Pensar el Genero y Amicus, Clinica Juridica y Social Patagónica.

Contesta vista la Asesora a fs. 319/325. Informa sobre los riesgos que implica el uso de misoprostol para la interrupción del embarazo, cues-tiona las medidas de protección dispuestas por la a quo.

A fs. 272 se agrega la causa 25.661 “F., A. L. s/ dcia. Abuso Sexual R/V Hija Menor” reque-rido mediante oficio Nro. 33/10.

III.- De las constancias obrantes en la causa surge que el 22 de enero de 2010, la Sra. A. F., denuncia que su hija de quince años fue violada por su marido –padrastro de la menor- el 13 de noviembre y so-licita autorización para interrumpir el embarazo con fundamento en el Art. 86 ic. 1 y 2 del C. P. Refirió que efectuó la correspondiente denuncia ante el Minis-terio Fiscal el día 3 de diciembre de 2009.

La Sra. Juez de feria, en atención a la urgencia del pedido y los perjuicios irreparables habi-litó el feriado y dio intervención al ETI, para que, entre otras cosas, evalúe las consecuencias o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada o madurez y actitud frente a su actual situación; al CMF y solicitó al Comité de Bioética del Hospital Regional, evalúe la situación y dictamine, más adelante (fs. 50) se requirió que dicta-mine sobre la existencia de riesgo para la salud o vi-da de la madre y si en caso de existir puede evitarse por otro medio e indique medidas alternativas a seguir, se le aclaró que requiere su opinión a fin de resolver el pedido de aborto terapéutico. Se le corrió traslado al progenitor de la joven

Se nombró curador al litem a la adoles-cente y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50 vta).

La Lic. A. y la Psicóloga D., integran-tes del ETI a fs. 27 dan cuenta que se trata de una adolescente con desarrollo evolutivo normal sin indi-cios de patología psicológica de base, con capacidad para establecer vínculos y con excelente rendimiento escolar. Su actitud al momento de la entrevista denota depresión. Mantiene estable la decisión de no llevar adelante el embarazo que manifestó cuando todavía no había sido confirmado. Dijeron que el embarazo es vi-vido como un evento extraño, invasivo, incompatible con su universo de posibilidades, resultándole intolerable calificar como hijo a quien seria hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Las profesiona-les manifestaron que no existen opciones ideales de re-solución, diagnostican que la interrupción de un emba-razo representa una situación traumática cuya elabora-ción no puede preverse de antemano, y destacan que en el presente caso la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluído riesgo de vida. Esti-man que la joven cuenta con el apoyo y sostén del grupo familiar nuclear, sin que se surja ningun tipo de con-dicionamiento en la decisión.

A fs. 11 y a solicitud de la Fiscalia interviniente en la causa 25.661 la Lic. A. habia dado cuenta de una dinámica familiar con aspectos disfuncio-nales, que cuando la adolescente tenia 11 años su madre trabajaba de noche, y su padrastro habia comenzado a manosearla por las noches, y que habiéndole contado a su madre en presencia de su abuela materna, este le pi-dió que tuviera paciencia y sin mediar acción concreta cesó el comportamiento abusivo hasta el hecho que de-nuncia. Informó sobre la impotencia, vergüenza, triste-za, enojo, miedo, incertidumbre sobre un posible emba-razo.

A fs. 38 en cumplimiento del Art. 12 de la C. I. D. N., la Juez tomo contacto personal con la joven en presencia de la Sra. Asesora Civil, su le-trado y un miembro del ETI del cual se advierte que in-formada sobre las alternativas que existen de tener al bebe con ella o darlo en adopción o no tenerlo, refi-riendo la joven no quiere tener al bebe porque esta si-tuación va impedir 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 psicoló-gica y psiquiatrica para evitar la angustia que siente y que la ayuden a pensar. Refirió que habló con sus hermanos madre y padre y de rechazar la interrupción del embarazo su mama le ayudara a criar al bebé.

A fs. 46 obra informe del médico foren-se del 2 de febrero de 2010. Surge que la gestación se encuentra en la semana 12 aproximadamente y que los riesgos del aborto terapéutico solicitado no difieren de los de una cirugía mayor.

A fs. 49 toma intervención en ejercicio de la representación promiscua de la adolescente y el nasciturus la Asesora Civil de Familia e Incapaces. So-licita evaluación psicológica y psiquiátrica por los profesionales del Hospital Regional y entrevista al pa-dre biológico y otros hermanos y medios hermanos que viven en la localidad de Las Heras.

A fs. 66 obra informe de del Servicio de Asistencia a la Victima quien brindó acompañamiento a la actora planificándose entrevistas individuales con la joven y su madre, y ante la importante sintomatolo-gía depresiva reactiva y la recurrencia de ideaciones autodestructivas se solicitó a la progenitora la urgen-te consulta psiquitrica para iniciar tratamiento pro-fundo y puntual para la joven.

A fs. 72 toma participación la tutora ad litem del nasciturus. Requiere el rechazo de la pe-tición.

A fs. 82 obra evaluación psicológica y psiquiátrica por los profesionales del Hospital Regio-nal a la adolescente. Surge que la misma se mostró lu-cida, orientada, sin alteraciones de la sensopercepción ni del pensamiento. Da cuenta de la sintomatología de-presiva reactiva a las vejaciones y violación sufridas desde los once años, de la ideación suicida si el emba-razo no se interrumpe, la negación a cualquier alterna-tiva posible a la interrupción de la gestación. Sugiere continuidad del tratamiento psicologico.

A fs. 84 se ordenó brindar tratamiento psicológico o psiquiátrico a la joven por medio del De-partamento de Salud Mental del Hospital Regional de es-ta ciudad.

A fs. 92 obra informe del ETI respecto de la entrevista mantenida con el padre biológico de A. y hermanos y medios hermanos quienes coinciden a apoyar la decisión de interrumpir el embarazo, sin considerar viable otras opciones.

A fs. 101/103 obra ecografia de fecha 23 de diciembre de 2009 que da cuenta que a esa fecha se cursaba 7,3 semanas de gestación.

A fs. 114/123 la joven A. solicita sen-tencia y efectúa consideraciones de hecho y de derecho postulando la configuración en el caso de los supuestos del Art. 86 del C. P., del derecho a la vida y su dig-nidad (Art. 9 de la ley 26.061)

A fs. 140/143 obra dictamen del Comité de Bioetica Ad Hoc designado por el Director del Hospi-tal Regional para evacuar la consulta que se le efec-tuara. Destaca que toman en cuenta los informes elabo-rados por los profesionales en psicología H. M., S. M., V. A. y G. A.), tocoginecología (Dr. J. P.) y las cons-tancias del expediente. Como conclusiones determina que respecto del riesgo de suicidio no puede descartarse que el mismo se lleve a cabo. Como medio para evitar este peligro propone acompañamiento terapéutico perma-nente, familiar e individual a la adolescente y su fa-milia. No se evidencia 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. Por ultimo efectua con-sideraciones sobre los derechos del nasciturus con re-ferencia a jurisprudencia que cita como casos simila-res. Reseña las circunstancias eticas a considerar: la vida del hijo y de la madre, se admite que la joven ha padecido 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 secue-las psíquicas del aborto. A fs. 143 puntualiza que el caso no encuadra en el inc. 2 del Art. 86 del CP.. Des-de el punto de vista psicológico, en caso de no prac-ticarse 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 tam-bién 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.

A fs. 146/151 contesta vista la Sra. Asesora civil de Familia e Incapaces quien analiza el material probatorio descripto, admite que a los fines del análisis de la cuestión jurídica, la situación es compleja, y que se encuentran en conflicto derechos de raigambre constitucional y de la más alta jerarquía por estar la vida, la salud, la libertad, la dignidad de dos personas en juego. Alega sobre

el derecho a la vida como el primer derecho de la persona humana, pues sin vida no hay salud, sustentado en normas de derecho in-ternacional, del niño por nacer, con personalidad inde-pendiente sin que el valor de la vida humana admita prelaciones ni preferencias entre un sujeto u otro. Concluye que en el caso no se encuentra probado con el grado de certeza exigible y verosímil la existencia de riesgo psicofísico autónomo exclusivamente derivado del embarazo y agravado de continuar con la gestación hasta el final, por lo que hacer lugar a la pretensión, se estaría haciendo lugar a una petición ilegal. Se enrola en una postura restrictiva respecto del Art. 86 del CP respetuosa de los Tratados y Pactos Internacionales.

A fs. 153/169 el 16 de febrero de 2010 se dicta sentencia. La sentenciante anterior efectúa precisiones sobre la via procesal elegida, admite que no existe un procedimiento determinado para obtener au-torizaciones como la de autos, tras citar a Bidart Cam-pos en su consideración de la autorización judicial pa-ra interrumpir el embarazo fundado en el Art. 86 del CP, considera que habiéndose dado curso a la acción y estando en juego derecho fundamentales de raigambre constitucional de dos personas menores de edad, tratán-dose la titular de un fuero especializado en niñez, adolescencia y familia conforme el Art. 25 inc. 1 de la CADH que consagra el derecho a un recurso sencillo y rápido ante la justicia que los ampare y lo ya señalado por la CSJN respecto de la labor que atañe a los jueces en la búsqueda de soluciones que se avengan a la natu-raleza y urgencia de las pretensiones, encauzando los tramites por las vias expeditivas, consideró que debía darse respuesta frente al reclamo judicial concreto.

Analizó el derecho a la vida consagrado desde la Constitución de 1853 hasta la reforma de 1994 y la inclusión de los Pactos Internacionales, en la Constitución Provincial, la Ley III-21 y la Ley 26.061, el Art. 63 del C. C. de las personas por nacer. Respec-to de la CIDN, sostuvo que se impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones interpretativas incluidas por nuestro pais al ratificarla. Concluyendo que el de-recho a la vida goza de protección constitucional, y que en el caso de autos, se reconocen iguales derechos, por su condicion de personas y sujetos de derecho a la madre y al nasciturus, estableciendo que el conflicto de derechos esta entre el derecho a la preservación de la salud psíquica que reclama la adolescente y el dere-cho a nacer y vivir que reclama el nasciturus, fijando que la solución estará dada por la prevalencia de aquel derecho que bajo ciertas circunstancias de hecho tenga un mayor peso.

En relación al encuadramiento legal de la petición. Descartó aplicación del inc. 2 del Art. 86 del CP por no tratarse de una mujer idiota o demente. En cuanto al inc. 1 concretamente lo delimitó en el ca-so de autos a riesgo de salud psíquica e incluso de vi-da por las conductas de autoagresion y tendencia suici-da de la joven y si bien tuvo por acreditado el embara-zo, la afectación y daño a la salud psíquica, el efecto traumático causado por el abuso y la violación, y la profundización del mismo con el embarazo no deseado, los informes médicos obrantes en la causa formaron con-vicción acerca que el aborto solicitado no contribuirá a la recuperación de la salud sino que agravará aún más los efectos ya producidos agregando el riesgo de una intervención quirúrgica. Valoró como claro y contunden-te el dictamen del Comité de Bioética Ad-Hoc. Puntuali-zó que el tiempo límite para la interrupción del emba-razo se encontraba excedido al presentar la demanda, cuando ya se estaba cursando la semana 11/12.

Por último consideró que el interés su-perior del niño indica que debe actuar el sistema de salud y redes sociales necesarios, brindado tratamiento psicológico y psiquiátrico adecuado para contener y acompañar a la adolescente y su grupo familiar en la situación traumática que atraviesa.

Concluye denegando la autorización por-que el daño psíquico que se invoca no puede considerar-se como daño autónomo sino derivado de la situación de abuso reiterado y violación sufridas y porque el peli-gro que se invoca puede ser evitado por otros medios. Agrega que de concederse la autorización se violaría irremediablemente el derecho a la vida de la persona por nacer; la obligación del Estado de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño, de asegurarle la protección y cuidados necesarios para su bienestar y de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos optando por la realización de una práctica con inciertos resultados. Afirma que se inclina decididamente por la preeminencia del derecho a la vida, en la convicción que se protegen los derechos de ambos a vivir.

IV.- Previo a introducirnos en la cues-tión sometida a conocimiento como aclaración previa y por compartir el criterio vale citar: “Se le impone a esta Corte el deber de resolver la cuestión planteada en autos, tarea que como lo expusiera el Juez Blackmun en su voto de la causa "R. vs. W. " (410 US 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d.147-1973) encaramos admitiendo "la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto (que finalmente podría producirse a re-sultas del recurso), la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convic-ciones que el tema inspira", y la influencia que acerca de lo que se piensa sobre el aborto ejercen "la filoso-fía de cada uno, así como sus experiencias, su ubica-ción respecto de los flancos más básicos de la existen-cia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pau-tas morales que establece y procura cumplir", todo lo cual no obsta a que nuestro objetivo sea "por supuesto, resolver el tema conforme a las pautas constituciona-les, libres de emociones y preferencias, (.) honesta-mente" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires | MJ-JU-M-4723-AR | 95.464 | MJJ4723).

Dicho ello, y considerando los agravios expresados, en primer término se dará tratamiento a aquellos que no sean comunes entre ambos apelantes para luego dar respuesta única a las quejas que resultan su-perpuestas.

En tal metodología, se advierte que la actora apelante se agravia porque se ataca la via ele-gida. Sabido es que constituye un requisito subjetivo esencial de admisibilidad para apelar, la necesidad de que la decisión que se impugna cause al recurrente un gravamen o perjuicio cierto y concreto, por ello no se advierte de la critica que efectúa la apelante el per-juicio que le causa las consideraciones que efectuara la juez a quo en torno a la via elegida, que amerite disgresión alguna sobre el tópico, sobre todo cuando se advierte un tramite encausado con la máxima celeridad posibles y tendiente a asegurar la bilateralidad y el derecho de defensa de las partes involucradas.

La carencia argumentativa y la irrele-vancia en la solución que se advierte cuando afirma la apelante que la sentencia contiene postulados contra-dictorios obsta el tratamiento por esta Alzada sobre el particular.

Cabe ahora referir a la critica efec-tuada, en torno a la interpretación del Art. 2 de la ley 23849, que según el recurrente llevan a la jueza a concluir que son iguales los derechos de la madre como del nasciturus, sin que pueda en este estado del deci-sorio asumir conclusión alguna sobre la procedencia del agravio.

En tal sentido, hay conformidad que se trata de una cláusula interpretativa, implicando que la Convención se ha constitucionalizado, en las condicio-nes de su vigencia (Art. 75 inc. 22), teniendo en cuen-ta ya sea las reserva o aclaraciones de todo tipo que la Argentina incluyó en el

instrumento mediante el cual ratificó o adhirió internacionalmente a la Convención (Conf. Minyersky, Nelly. Rev. Derecho de Familia N ° 11 1997).

La conclusión a la que la juez arriba y que critica la recurrente en cuanto admite la paridad de derechos del nasciturus y de la madre gestante, ex-cede de la distinción entre reserva y cláusula inter-pretativa vinculándose más con la preeminencia que en el balanceo de los valores en juego en cada caso par-ticular, conceda el juzgador y que en definitiva en el caso de autos se traduce en la disconformidad con la decisión arribada por la juez de primera instancia.

Dice Aida Kemelmajer de Carlucci: “no discuto que conforme la reserva hecha por la Republica Argentina a la Convención Internacional sobre los Dere-chos el Niño, para el ordenamiento argentino, la vida potencial empieza desde la concepción; pero la cuestión a debatir es qué sucede con esa vida potencial cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de perso-nas que viven ya, ahora” (“La Familia en el Nuevo Dere-cho” Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe 2009, T. II p 379).

En este estado la Sra. Juez de Camara Dra. Nelida Susana Melero dijo:

En primer lugar he de precisar y poner énfasis en la convicción de la suscripta que el embara-zo de la menor causante, los tiempos biológicos natura-les, imponen una rápida adaptación de los tiempos ju-diciales a los tiempos vitales y las exigencias de la lex artis para llevar adelante la práctica para la cual se solicita autorización, implicando ello la necesidad de actuar con celeridad evitando que las formalidades del sistema judicial ocasionen dilaciones innecesarias que frustren los intereses en juego. Ello así ya que es una realidad inexorable que si los tiempos judiciales no se ajustan a los tiempos vitales hay injusticia y cualquier pronunciamiento se torna inoficioso.

Las pruebas obrantes en autos y que he de valorar a los efectos de decidir la temática plan-teada son:

a.- el informe producido por el Equipo Interdiscipli-nario (ETI) (fs. 27) del día 28/01/2010 en el cual ex-presa y subraya que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica riesgo para su integridad psicofísica (fs. 27vta.);

b.- informe médico forense (fs. 46)evacuado el día 02/02/10 que contesta que con respecto a los riesgos y peligros que podría generar en la joven la intervención quirúrgica solicitada, la misma no difiere de los riesgos inherentes a cualquier intervención quirúrgica del tipo mayor ;

c.- evaluación psicológica y psiquiatrica – Hospital Regional – (fs. 82) de los Dres. H. M. y R. M. S. del día 09/02/2010 donde respecto del estado emocional de la joven expresan: “La paciente presenta sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violación sufri-das desde los once años. Presenta ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; puede comprender alter-nativas 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 cor-to plazo, se han visto alterados por la situación trau-mática de la violación y el embarazo.”;

d.- evaluación del Equipo Interdisciplinario (ETI)(fs. 92) en cuanto al padre y hermanos biológicos del día 09/02/10 en el cual destacan que:”Todos los miembros de la familia coinciden en:- apoyar la decisión de la niña de interrumpir el embarazo – que es la mejor alternati-va 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 suce-derá de obligarla a seguir adelante, responsabilizando al sistema judicial por lo que pudiera pasarle;-les cuesta entender que no se apruebe su solicitud;- funda-mentan 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.”.

e.- Caso nro. 25.661 caratulado, “F. A. L. s/ Denuncia abusa sexual “, agregado por cuerda a los presente con-forme proveído de fs. 272- en especial las notas del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD) informes bajo notas nros. 42 del 28/01/10 (fs. 93) y nro. 51 del 08/02/10 (fs. 112/vta.), que coincidente en advertir que se registró en la joven una importante sintomatología depresiva reactiva y sobretodo recurren-cia de ideaciones auto destructivas;

f.- Informe del Dr. Alberto J. Díaz Legaspe ,Director del Hospital Regional – Área Programática de esta ciu-dad (fs. 90 del 10/02/10, nota nro. 301/10) donde in-forma que el Comité de Bioética del Hospital Regional fue creado a raíz de la Ley 4950 que autorizó la reali-zación de intervenciones quirúrgicas que tengan por fi-nalidad la aplicación de métodos de contracepción qui-rúrgica, aclarando seguidamente que es por ello que te-niendo en cuenta que dicho comité se conformó para re-solver específicamente esos casos , a los fines de ela-borar un informe interdisciplinario para el caso parti-cular conformando un Comité de Bioética Ad-hoc compues-to por un Jefe del Departamento de Tocoginecología, una Jefa del Departamento de Salud Mental y una abogada;

g.- Informe de Comité de Bioética ad-hoc designado por Dr. Alberto J. Díaz Legaspe ,Director del Hospital Regional – Área Programática de esta ciudad bajo la disposición nro. 00000492 del 10/02/10 (fs. 124/143, que en cuanto al mismo, he de expresar que advierto que se expide solo sobre el aborto terapéutico y califica cuestiones de carácter jurídico y jurisprudencial y ameritaciones subjetivas que no le competen, cumpliendo parcialmente con lo solicitado por la a-quo en el ofi-cio nro. 107 /10 (fs. 85). Tales observaciones hacen entender a la suscripta como atinados los argumentos efectuados por la joven, por derecho propio, en su im-pugnación a dicho dictamen (fs. 254//258vta.);

h.- documentación acompañada por el defensor público de A. G. a fs. 318 (agregada a fs. 311/317) correspon-diente a informe efectuado por la Dra. F. K. – Gineco-lógica Infantojuvenil M. P. **** –Jefa a/c División Adolescencia - Trelew, 10/02/10, donde expresa que existen diferentes métodos para provocar la interrup-ción de un embarazo y que actualmente se cuenta con la posibilidad de realizar el aborto medicamentoso o far-macológica, por medio de la administración de medica-mentos, el cual individualiza, agregando que en todos los casos en que se requiere interrupción segura del embarazo , sea en el primer o segundo trimestre de la gestación, es el que está indicado. O sea que puede ser utilizado hasta la semana veinte (20) de gestación, se-gún las recomendaciones de la Federación Latino Ameri-cana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología. Adjun-ta copia de dicha publicación respecto del medicamento para aborto terapéutico.

i.- Lo oído y advertido en la audiencia fijada a los fines del artículo 12 de la Convención sobre los dere-chos del niño y disposiciones del Art. 130 de la Ley III nro.21 (antes Ley L.4347) dispuesta a fs. 268, y efectuada a fs. 273, en el cual la joven se explaya acerca de las circunstancias que considera pertinentes en relación a las cuestiones que se debaten, expresando que ha sido puesta en conocimiento de otras alternati-vas que la que solicita, pero que su deseo es inte-rrumpir el embarazo, expresando sus sentimientos ínti-mos en cuanto a los hechos vividos, su entorno fami-liar, social y su inclinación a terminar con su vida, “ cuando voy por la calle me da lo mismo si un auto me atropella o no”.(sic) y

j.- La entrevista personal con la madre de la menor, a pedido de ésta (fs. 274 y 275 donde dice que a raíz de lo sucedido ha tenido que dejar de trabajar para estar con su hija todo el tiempo ante el temor de la decisión que la misma puede tomar contra su propia vida.

Efectuado el análisis probatorio y siendo que comparto y hago propios el análisis jurídico expresado por el Sr. Camarista Dr. Roberto Loustanau, primer votante, al advertir que no sólo dicho juez ha actuado en un caso casi igual al que aquí se trata sino que su línea de pensamiento es con la cual se identifi-ca y está convencida la suscripta, fundamentaciones és-tas (teniendo en cuenta el respeto intelectual y perso-nal que ha de tenerse de las personas que han desarro-llado fundamentos y estudios enjundiosos anteriormente al tratamiento por la suscripta), son convicciones por las cuales he de transcribir lo expuesto por dicho Camarista en el Expte. Nro. 138.377 en autos caratula-dos: "O., M. V. s/ víctima de abuso sexual" – Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) - Sala II - 21/02/200 - al cual adhirie-ron, haciendo acotaciones y agregaciones los restantes Camaristas Dres. Ricardo Domingo Monterisi y Nélida I. Zampini -: elDial - AA3B69C. 40.939 cuyo juzgado de origen era el Tribunal de Menores nro. 1 de Mar del Plata (Buenos Aires) - 14/02/2007; elDial - AA3B66).

El mencionado magistrado ha expresado que:” queda encerrada una niña de catorce (en el pre-sente caso A. tiene quince (15) años que se encuentra embarazada como resultado de haber sido violada por su padrastro, para concluir, que si bien la autorización puede no resultar "legalmente necesaria", en este caso particular, es imprescindible avocarse con urgencia a revisar si concurren los elementos requeridos para emi-tir un juicio de certeza previo acerca de la licitud o ilicitud del acto médico, para que -si eventualmente así se decide- la intervención pueda llevarse a cabo“.

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

“Es útil reseñar, siguiendo a Francisco Muñoz Conde ("Derecho Penal: parte especial" undécima edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 pá-gina 75) a quien he de transcribir en su tratamiento de los delitos contra la vida humana dependiente, que la protección jurídico penal de la vida humana en su fase dependiente ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico penal que se brinda a la vida ya independizada”.

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

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

"El problema jurídico se plantea por-que algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptácu-lo de un ser superior al que deben rendirse todos los intereses en juego, incluidos los de la embarazada mis-ma (su vida, su salud, su libertad, etc). Otros, en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada constituyendo el feto una simple

prolongación del vientre de la mujer, caren-te por completo de protección al margen de la que mere-ce la mujer misma".

“Dice más adelante el autor que vengo transcribiendo que "frente a estas dos posturas, ideo-lógicamente enfrentadas, se ha ido abriendo en los úl-timos treinta años en el derecho comparado una postura intermedia que, partiendo de la protección jurídico pe-nal que merece también la vida dependiente y, por tan-to, de la punibilidad de toda destrucción voluntaria de la misma, procura tener en cuenta los intereses de la embarazada afectados durante el embarazo, admitiendo, mediante la creación de los oportunos instrumentos le-gales, un número mayor o menor de excepciones a esa pu-nibilidad genérica del aborto que se acepta como punto de partida”.

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

“La mayoría de los ordenamientos establece una diferen-cia entre la protección dispensada a la persona por na-cer, que a la persona ya nacida (del dictamen de la Procuración de la SCBA en la causa n º 98.830 con cita de Sandro Abraldes y Javier Esteban de la Fuente "El aborto no punible en el sistema de las indicaciones").

“Cabe citar la posición de la doctrina respecto a que la mujer que ha sido violada y aborta, entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes. (Donna Edgardo, Derecho Penal Parte especial tº I editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 1999 página 91).”.

Al respecto enseña Antonio E. Pérez Lu-ño que:" la dignidad humana constituye no solo la ga-rantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la persona-lidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la per-sonalidad supone, a su vez, de una lado, el reconoci-miento de la total autodisponibilidad, sin interferen-cias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autode-terminación (...) que surge de la libre proyección his-tórica de la raza humana, antes que de una predetermi-nación dado por la naturaleza” (autor citado "Derechos humanos, estado de derecho y constitución" editorial Tecnos, Madrid, sexta edición, 1999 página 318)“.

“La joven que ha padecido un indudable daño psíquico al haber sido víctima de un acto aberran-te por parte de su padrastro, es contrario a la digni-dad personal de la menor de catorce (aquí quince) años, obligarla a soportar un embarazo derivado de una viola-ción, en tanto al prescindir de su consentimiento se la estaría considerando un mero instrumento“.

“Refiriéndose al caso del inciso 1º del Art.86 del Código Penal, dice el Dr. Zaffaroni ("Dere-cho Penal: parte general" editorial Ediar, Bs. As. No-viembre de 2000, página 483 n º 9) que "La salud puede ser tanto física como psíquica, de modo que es correcto que el Código no distinga y, por ello, puede conside-rarse el aborto practicado en el caso de embarazo pro-veniente de una violación como una hipótesis más de riesgo para la salud de la gestante".

“Más adelante el mismo autor (página 612 nro. 10) reitera que:" La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no solo en el caso del aborto terapéutico, sino también del sentimental o éti-co, y del eugenésico. Conforme a nuestra

ley, la hipó-tesis general está contenida en el inciso primero del segundo párrafo del Art.86 CP: si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Dado que la ley, con todo acierto, exige peli-gro para la salud abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constitu-yen casos particulares de este supuesto: es incuestio-nable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada".

“De lo expuesto por el reconocido juris-ta, surge que el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipó-tesis general de peligro para la salud de la madre del inciso primero, por lo que el encuadre en dicha premisa general, tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso segun-do, en tanto el embarazo es producto de una violación”.

A lo que se viene transcribiendo con-sidera la suscripta que es de suma importancia a efec-tos de tomar la decisión, los argumentos de la joven y de la madre de la misma (expuestos en la audiencia a fs. 273 y en la entrevista personal fs. 275). Ello así, ya que he observado - ante los dichos de las mismas - que es evidente que la continuidad del embarazo provo-cado por la violación del padrastro(el que fuera visto por la menor como el propio padre ya que es el que tra-tó como dicha figura desde que tenía la edad de dos años , siendo el mismo el padre biológico de sus cuatro hermanos menores- dos pares de mellizos – con los cua-les convive actualmente), profundizaría la fragilidad del estado de la menor, exponiendo su salud a serios peligros, que la pueden llevar a tomar decisiones fata-les para sí misma.

Ante dichas circunstancia, reitero no me cabe duda alguna que mucho mayor será el daño psí-quico que se cause a la menor negando la autorización que concediéndola (audiencia a fs. 273) ya que estoy plenamente convencida que es contrario a la dignidad personal de la menor de quince años, obligarla a sopor-tar un embarazo derivado de una violación, en tanto al prescindir de su consentimiento se la estaría conside-rando un mero instrumento o incubadora.

Es cierto que la interrupción del emba-razo no ha de borrar el trauma de la violación, pero tampoco permitirá la presencia y continuidad de las consecuencias del hecho no deseado, entendimiento por el cual arribo la plena convicción que se encuentran reunidos todos los requisitos para la aplicación de la norma de excepción.

Asimismo, comparto íntegramente la re-flexión de la a-quo de primera instancia, Dra. Silvina Darmandrail - en el caso que he tomado como directriz para resolver la temática - en cuanto dice que:” Por otra parte, una resolución contraria a los intereses de la peticionante pondría al descubierto la diferencia abismal existente entre una joven de condición socioe-conómica humilde obligada a recurrir a un hospital pú-blico y una con un mínimo de poder adquisitivo, para quien la interrupción del embarazo podría ser resuelta sin vestigios de ilicitud, privilegio a todas luces contrario al principio constitucional de igualdad ante la ley “(Conf. C. Apel. Civ, Com., Crim. y Correc. de Necochea, 21-12-93, disidencia, Cons. 2 y 3, ED, 29-09-94, Pg. 7;; Gil Domínguez, Andrés, El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina....., LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 29-07-05, Pag. 35).

A mayor abundamiento, tengo en cuenta que no solo la menor ha sido víctima del delito contra la integridad sexual (Art. 119 del Código Penal) sino que como surge de la prueba producida en autos y prece-dentemente identificada, la joven sigue sintiéndose victimizadas por el servicio de justicia, atento su ma-nifestación de profunda zozobra al no tener respuesta a su situación, con el

desgaste emocional y físico que implica el tener que haber concurrido a las Asesorías, Defensorias, Juzgado de Menores y a esta misma Alzada siendo preguntada sobre las circunstancias que le tocó vivir.

Ante dichas circunstancias ha determi-nado la doctrina que:”Este tipo de actitudes invasivas e intrusivas, trae aparejado el incremento de las vi-vencias traumáticas por procederes reiterados que pa-tentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anó-mala”(Norma Griselda Miotto, "Abuso sexual de menores. Complejidad diagnóstica", IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid 2001).

En cuanto a la aplicabilidad del Art. 86 inc. 2do. me inclino por la postura amplia en cuanto entiende que dicho inciso declara no punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las formas previstas en el Código Penal.

Como sostenimiento de dicha postura hago propios los argumentos expuestos por el Dr. An-drés Gil Domínguez cuando señala que: "...en lo que respecta al inciso 2) debemos partir de la versión francesa del proyecto suizo que la comisión del Senado toma como modelo. En este sentido, el derecho alemán, cuya terminología sigue el proyecto suizo establece nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de la mujer idiota. Si iden-tificamos la expresión "atentado al pudor" con abuso deshonesto, estaríamos frente a un gran contrasentido que rozaría el absurdo: suponer la existencia de un em-barazo por un acto que excluye el acceso carnal. Por estos motivos es preciso afirmar que, en este caso, la ley ha llamado atentado al pudor a la violación previs-ta en el inciso 2 del artículo 119, y que en consecuen-cia, la impunidad sancionada en el artículo 86, alcanza a todo tipo de violación, y no solo al de la mujer idiota o demente". Por lo tanto, según la norma legal citada no es punible el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en cualquiera de las for-mas previstas por la ley en el artículo 119 del código penal...". (Andrés Gil Domínguez, "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Ed. EDIAR, Pág. 137). Res-pecto de la colisión, entre la vida humana en formación y la libertad sexual de la mujer, dicho autor sostiene que: "...si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en forma-ción, el aborto está permitido prevaleciendo jerárqui-camente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación...". (Andrés Gil Domín-guez, "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Ed. EDIAR, Pág. 138).

Aquí entran en juego varios derechos que colisionan entre sí, el derecho a la vida de la persona por nacer, la salud de la madre, pero también entra en juego la libertad sexual y el derecho a la dignidad y a la integridad personal que consagra no so-lamente la Convención sobre Derechos del Niño y los Tratados Internacionales (Art. 1 de la Declaración Ame-ricana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 19 de la Convención sobre los derechos del niño), sino también la Ley Provincial III, Nro. 21 (ex Ley 4347) sobre "Protección Integral de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y la Familia"(artículos 1, 2, 3, 8, 9 y 23 entre otros.-).

Precisamente el artículo 23 capítulo II, titulado “Derecho de la Identidad, a la libertad, al respeto y a la dignidad” - de la ley Pcial citada señala: “Es deber de la familia, la sociedad y estado velar por la dignidad de los niños y adolescentes, po-niéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, vejatorio, o intimidatorio”.

Amerito, una vez más a fuerza de ser reiterativa, que en el presente caso se está frente a una niña de 15 años que ha sido víctima de un delito contra su integridad sexual, no ha tenido la libertad

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

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

En cuanto a las costas, teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia no son disímeles al momento de tomar postura sobre temáti-ca como la aquí tratada, considero de aplicación la ex-cepción prevista por el Art. 69 2do.Párr. del Art. 69 párrafo segundo del CPCCH, Ley XIII, nro. 5, Anexo A), razón por las cual encuentro razón suficiente para de-terminar la exención total de costas. Se difiere la re-gulación de los honorarios de los profesionales inter-vinientes, en ambas instancia, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5,13, 29 y ccdtes. De la Ley XIII, nro. 4 (antes Ley Pcial nro. 2200) “Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores”).

Por las razones expuestas propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar a los agravios expuestos por la actora a fs. 201/204 como por la joven, por de-recho propio, planteado a fs. 221/240 y revocar ínte-gramente la sentencia de fs. 153/169 y, en consecuen-cia, conceder autorización para la interrupción del em-barazo de la menor A. G., nacida el **/**/**, DNI nro. **.***.***, medida que debe efectivizarse en el Hospi-tal Regional de esta ciudad con Profesionales del Ser-vicio de Obstetricia y Ginecología Especializado.

3) Previamente y a los efectos de salva-guardar los derechos a la salud de la menor causante ofíciese al Hospital Regional para, en primer término, se le realicen a la menor todos los estudios médicos necesarios, en el menor tiempo posible, para determinar que la práctica puede llevarse a cabo teniendo en cuen-ta los distintos métodos actuales que han sido informa-dos en el presente caso y siempre según las reglas de la lex artis.

4) Disponer comunicar la presente sen-tencia al Sr. Juez de Garantías que entiende en el Caso nro. 25.661 caratulado: “F. A., L. s/ Denuncia abusa sexual“, a los fines de que disponga las medidas nece-sarias para la conservación de las pruebas y las noti-ficaciones que estime pertinentes.

5) Sin costas (Art. 69 párrafo segundo del CPCCH, Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Diferir la regu-lación de los honorarios de los profesionales intervi-nientes, en ambas instancia, para el momento del acuerdo(arts. 5,13, 29 y ccdtes. De la Ley XIII, nro. 4 (antes Ley Pcial nro. 2200) “Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores”).

6) Notifíquese personalmente o por cédu-la, habilitándose a tal fin días y horas inhábiles (Conf. arts. 135 y 154 del CPC. CPCCCH – Ley XIII, nro. 5, Anexo A)).

7) De forma.

El Sr. Juez de Camara Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Tal como se lee en los fundamentos del fallo apelado, la negativa de la autorización al aborto se otorga en el marco de una medida cautelar autosatis-factiva, habiendo fundado la a quo su postura en tal sentido. Al efecto, vale recordar que es conocido el largo debate en torno a la

aceptación o no tales vías procesales ante estas circunstancias fácticas, en la medida en que puede pensarse que agotan la pretensión del proceso, y como tal implican prejuzgamiento. Hoy día es una discusión superada.

Así, se reitera el uso en similares cir-cunstancias, ya que no debe olvidarse que la garantía procesal de acceso a la justicia se sintetiza en lograr la tutela efectiva sobre el derecho subjetivo vulnera-do, alcanzando la satisfacción de las pretensiones es-grimidas, aún flexibilizando conceptos.

A modo de ejemplo se lee en la causa "C. P. d. P. , A. K. s/ Autorización" del 27/06/2005 de la SCBA que ante un planteo similar:"…al encontrarnos ante un proceso sui generis, por la circunstancia de no existir una normativa expresa para la tramitación de la autorización judicial requerida, y a fin de evitar la frustración de una garantía constitucional, con la po-sibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida que podría ocasionar el fallo recurrido; se im-pone flexibilizar los requisitos formales de admisibi-lidad. Ello así, por cuanto podría ser aplicable la doctrina de esta Corte que abrió su competencia estando afectados los derechos del niño y por gravedad institu-cional (Conf. causas Ac. 87.654, "G. ", resol. del 3-XII-2003; Ac. 88.915, re-sol. del 29-IX-2004; Ac. 89.603, resol. del 13-X-2004). En efecto, si se obvia-ron ápices formales para la tutela de otros derechos, con mayor motivo debe hacérselo en el caso, ya que la vida es el supuesto ontológico sin el cual los restan-tes derechos no tendrían existencia posible".

No obstante, ahora y aquí, se urge una solución – por esta senda excepcional- cuando, tras confrontar toda la prueba adquirida, se advierte una reacción tardía y nociva para la salud integral de la menor afectada cuando ante los hechos antecedentes de una conducta impropia de un padrastro, cuando aquella contaba con once años de edad – pese a ser aceptado y respetado como un verdadero padre, conforme surge de la entrevista ordenada en autos- se mantuvieron en reserva familiar, supuestamente por imposición materna (ver) y recién se reacciona en auxilio de la hija mediante denuncia por presunta violación ocurrida el día 13/11/2009, luego de constatar el resultado no deseado del aberrante acto (fs. 1vta.) tiempo después, esto es, el día 3/12/2009.

Tales circunstancias y responsabilidades no obsta el tratamiento de la cuestión de fondo, en atención a su naturaleza, por la vía intentada.

Dejo en claro que mas allá de las encon-tradas pasiones que provoca el tema, consecuencia de la falta del profundo, serio y responsable debate adecuan-do la añeja normativa vigente a los requerimientos de la hora actual y consagrada a nivel constitucional, respeto la valiosa opinión de partes interesadas direc-tamente y la de aquellas instituciones que la han acer-cado y en cuanto a la presentación de "Amicus Curiae", tal como se ha dicho en otras oportunidades pero en cuestiones de distinta naturaleza, que no se descono-cen las leyes especiales locales que contemplan la in-tervención de este sujeto ajeno al proceso, ni de las disposiciones que por vía reglamentaria lo han incluido a instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Na-ción (Acordada 28) y de las normas procesales imperan-tes en cuanto a materia probatoria. No más y hasta allí su colaboración a nivel voluntario.

Ahora bien, en lo que nos interesa y conforme los datos de interés para la resolución de la medida incoada adquiridos en la causa y de las entre-vistas personales llevadas a cabo escuchando a la me-nor, necesariamente se impone la necesidad no tan solo encauzar toda reflexión decisoria a la luz del Art. 86 y concs. del CP. y su relación con toda la normativa incidente, olvidando pautas esenciales.

Parto de un principio inconmovible, esto es, la vida es el fundamento y soporte de la existencia de todos los demás derechos. La vida antecede a cual-quier derecho, puesto que su afirmación es fundante del estado de derecho (Cfr. Art.29 C. N.).

En el caso y ante la voluntad expresa de la menor través de su representación se intenta la in-terrupción de su embarazo por haberse configurado una situación que quedaría comprendida dentro de las previ-siones del Art. 86 del CP., así se nos ha colocado en situación de decidir, de considerarse viable la peti-ción, de dar razón al privilegio de la vida de una me-nor sobre la otra (nasciturus) que no tenido oportuni-dad de optar por ser o no ser.

Las dudas que ha generado la interpreta-ción integral de esta normativa con la que le da funda-mento, la incidente de derecho civil, en relación nece-saria con el ordenamiento Constitucional y Supranacio-nal al que hemos adherido, provocaron fuertes cruces doctrinarios y jurisprudencia encontrada olvidando mu-chas veces los matices que ofrecen los caso en concreto y que no permiten la utilización de formulas dogmáti-cas. Sino razonables y en función de hechos ciertos, fehacientemente comprobados y no conjeturales o hipoté-ticos.

Así, una mera exclamación de disgusto o frustración no autoriza a presumir un desenlace dramá-tico, si no se acompañan suficientes estudios o antece-dentes que permitan superar el estado de probabilidad al de posibilidad cuasi inevitable.

A lo anticipado de modo liminar paso a considerar la ocurrencia de la presunta configuración de la norma fundante de la medida cautelar desestimada en la instancia de grado.

En lo que nos interesa, y conforme los limites jurisdiccionales impuestos por la medida caute-lar, de la lectura del 86, párrafo 2° y normativa con-cordante permite afirmar que se trata de casos que con-figuran lo que es llamado “impunidad de derecho” y que suelen denominarse “excusas absolutorias” existentes en la letra misma de la ley y otorgadas por el Legislador por razones de política criminal; en estos casos cabe destacar que las excusas absolutorias, en ningún momen-to afectan la ilicitud de la conducta (la tipicidad y antijuridicidad, es decir, lo injusto, quedan intac-tos), sino que sólo intervienen en el proceso de la aplicación de la pena aplicable, así la conducta ya fue determinada como delictiva y en su caso ya no puede hablarse de impunidad.

Y respecto a su temática ambos incisos han sido motivo de encontradas y críticas opiniones ya que no ha incido en su letra y espíritu la normativa que se nos impone a través la Constitución ampliada por pactos y tratados, fundamentalmente, luego de la refor-ma del año 1994.

Tal como bien señala María Constanza Fonrouge en su trabajo “¿Existe contradicción entre el Art. 86 del Código Penal y los Pactos Internaciona-les?”, publicado en Microjuris.com, cita: MJ-DOC-3283-AR | MJD3283, “El Código Penal coloca las distintas fi-guras de aborto dentro de los delitos contra la vida, pues lo que protegen es la vida del feto, cualquiera que fueren los motivos por los que el legislador dispo-ne esa protección (religiosos, demográficos, morales, etcétera)”.

Lo dicho entraría en colisión con el Art. 4 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto dispone que el derecho a la vida es-tará protegido, en general, a partir del momento de la concepción.

Y que si bien en el ordenamiento nacio-nal vigente la decisión de interrumpir el embarazo está fundamentalmente vedada, el nasciturus no es receptor de un derecho absoluto. De allí las causales exculpato-rias señaladas al comienzo y es que existen al existir una reserva legislativa, de allí que en cuanto al punto pervive la norma.

Destaca Fonrouge, en el trabajo señala-do, que es función del Poder Judicial aplicar la ley, y que si los cambios sociales, culturales, científicos imponen su adecuación, ello deberá ser objeto de trata-miento por parte del poder legislador y no por vía de la interpretación judicial, que puede llegar a conclu-siones disímiles, afectado la seguridad jurídica y el principio de división de poderes.

En consecuencia, será la representante legal de la menor la que haciendo conocer la voluntad de su representada la que pudo, puede y podrá solicitar la intervención médica y el o los galenos receptores de tal inquietud, teniendo a disposición los informes que obran en la presente decidir “a conciencia” de confor-midad a la norma penal citada.

Y es que no encuentro admisible, en el caso en concreto, la autorización para realizar un acto que solo resulta dispensado al profesional allí indica-do y que no es el juez.

Con absoluta claridad, a la luz de la normativa aplicable al caso el Dr. Pettigiani en la causa antes individualizada recuerda en su voto que: En efecto, si lo que se requiere es la autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial, siendo por ello inútil.

En cambio, si lo que se reclama es la autorización para incurrir en una conducta que prima facie encuadraría en un tipo penal, dicha anuencia no puede otorgarse por ningún magistrado en razón de que éste no puede conceder licencia para delinquir, por lo que la misma deviene de realización imposible (Conf. Bidart Campos, Germán "Autorización solicitada para abortar", Nota a fallo, en "El Derecho", 114 184).

Agrega mas adelante que se ha dicho frente al conflicto que enfrenta a la madre embarazada y al hijo por nacer y que involucra al médico, "que el legislador ha sido sabio al menos en no incluir en es-cena al cuarto personaje. El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida del nasciturus máxime cuando carece por completo de capacidad para de-fenderse por sí mismo sino también reconocer el dere-cho a la vida de la madre. En suma, no podrá proteger exclusivamente al hijo, porque condena a la madre, ni optar por la solución contraria. (...) La decisión no pasará entonces por autorizar o no la intervención qui-rúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre" (Juzgado Nac. Civ., sent. del 27-VIII-1985, "Jurisprudencia Argentina", 1989 III 355). Por nuestra parte, habida cuenta de las pautas conteni-das en la Constitución nacional que consagran el dere-cho a la vida de todo ser humano y particularmente dada la concepción del niño sujeto y no objeto de derecho y la primacía de su interés superior no compartimos que la madre pueda tener una suerte de poder de vida o muerte sobre su hijo.

La doctrina también ha cuestionado la solicitud de "venias judiciales" para estos casos.

En tal sentido “cabe considerar, se ha dicho, que las autorizaciones judiciales constituyen un avance del Poder Judicial en cuestiones que no pare-cen ser de su directa injerencia” (cfr. Jarque, Gabriel D., "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas", "Jurisprudencia Argentina", 2001 III 853).

Es que desde este punto de mira se des-vanece el conflicto planteado ya que sólo persiste la necesidad de una única decisión: la decisión médica.

Y se agrega que: "No procede la inter-vención de la Justicia cuando de lo que se trata es de un acto lícito. Si, por el contrario, la conducta cons-tituyera un hecho ilícito, tampoco cuentan los magis-trados con la facultad legalmente conferida de 'autori-zar' su realización. No están habilitados los jueces para abrir juicio de valor acerca de conductas ni de las distintas

circunstancias eventualmente comprometi-das en cada caso que aún no existen en el ámbito de la realidad".

Se señala en este trabajo que en este contexto resulta más compleja la situación en los ca-sos relacionados con prácticas abortivas, en razón de encontrarse comprometida la vida de un tercero: el nas-citurus. De ser consecuentes con la observancia de los pactos internacionales suscriptos, e incorporados al Derecho interno con rango constitucional (Art. 75 inc. 22, C. N.), no se advierten excepciones al respeto de ese derecho fundamental (la vida) del ser en gestación desde su concepción.

Hay una consideración que es esencialí-sima, que encuentra sus bases en las raíces mismas de la naturaleza del hombre y en el profundo respeto que la ley debe tener por el ser humano: ninguna vida es superior a otra. Obviamente, esta consideración debe apreciarse con absoluta objetividad para ser justa.

A no olvidar que en el caso, nos encon-tramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como ultima ra-tio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio “in dubio pro vida”. También, teniendo en cuenta que todo acto que atente contra la vida del mis-mo importa un caso extremo de violencia familiar res-pecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio liminar del derecho de familia: el del superior interés del menor.

Y, como bien se ha señalado, el nascitu-rus representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio aunque no es el derecho sino la naturaleza quien le otorgó su ser propio. El derecho a la vida señala Bidart Campos aparece formulado operativamente como derecho a que se respete la vida de toda persona(ver Bidart Campos, Ger-mán José, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t º III, "Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución", Ediar, Pág. 176 y ss.).

Así se lo dice en el Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC y P) adopta-do por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (aprobado por la ley 23.313): "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará pro-tegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (inc. 1).

En el Art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DAD y DH), apro-bado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bo-gotá 1948 (2 de mayo): "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su perso-na".

En el Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea Ge-neral de la ONU el 10 de diciembre de 1948: "Todo indi-viduo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la se-guridad de su persona", y en el 6 se añade que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconoci-miento de su personalidad jurídica".

En el Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (aprobada por ley 23.054): "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". A lo que se le suma lo estipulado en el Art. 3 de ese mismo cuerpo: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el Art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada por la Asamblea Gene-ral de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de no-viembre de 1989 (aprobada por ley 23.849): "1. Los Es-tados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantiza-rán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". Poco antes, en su artículo 1 había establecido que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayo-ría de edad", a lo que la República Argentina formuló la siguiente reserva al ratificar la Convención: "Con relación al Art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

El Convencional provincial plasmó las mismas ideas en el año 1994, tal como surge del Art. 18 inc. 1° de nuestra C. Pr. ampliando el concepto con la lectura de los arts. 9, 22, 27, 50 del mismo texto le-gal.

Ahora bien, desde lo subjetivo, resulta muy difícil que un ser humano, en su ansiedad por sub-sistir y llevar adelante el cumplimiento de los fines que se ha propuesto, y obedeciendo a un elemental ins-tinto de conservación ceda a su deseo de pervivir, aún a costa del sacrificio de otras vidas que colisionan con ella. Por ello, todas las leyes penales más allá de que puedan diferir en cuanto a la naturaleza jurídi-ca del estado de necesidad (como causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa justificante, como causa de exclusión de pena o como causa de exclusión de la culpabilidad) admiten como su consecuencia la impuni-dad.

Vale advertir que en el caso, el pedido procura como única solución terminar con la vida del menor – pese a las sugerencias de asistencia; parto y adopción, preservando ambas vidas y la potencial secue-la negativa del arrepentimiento tardío- y es ante ese riesgo cierto, inminente y anunciado que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, me veo como juez compeli-do a intervenir en defensa de su vida que es la que se encuentra inmediatamente amenazada, sin dejar de tener en cuenta la protección que simultáneamente se debe brindar a la madre de la que se afirma que también co-rre un peligro cierto aunque no ha quedado suficiente-mente aclarado en este expediente hasta qué punto ese peligro no puede ser mitigado – tomo especialmente en cuenta la entrevista reservada, advertido previamente de toda la prueba adquirida en autos- y si no constitu-ye el riesgo que en mayor o menor medida afrontamos los seres humanos en razón de enfermedades crónicas o circunstanciales de variable intensidad en cuanto a su gravedad en ocasionales trances de nuestra existencia, que pueden ser sorteados recurriendo a tratamientos y cuidados especiales. De allí las medidas sugeridas en la instancia de grado.

Frente, entonces, a los hechos expuestos soy de la opinión que debe denegarse la autorización peticionada y en consecuencia confirmar la medida dene-gada sin perjuicio de establecer en la etapa de ejecu-ción de sentencia y por ante el juez natural de la cau-sa la adecuación, en la medida de su real necesidad de los debidos controles preventivos a favor de la salud integral de los menores y hasta el momento que fuera necesario, de allí y consecuentes con lo decidido co-rresponde por su implicancia la revocatoria con los al-cances del dictamen de la Sra. Asesora de Familia.

Las costas de la alzada se imponen por el orden causado y se difiere la regulación de honora-rios al momento el acuerdo.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Fernando Na-huelanca dijo:

Resta proceder al análisis de los agra-vios que atacan sustancialmente a la decisión recurrida y que serán tratados en conjunto por la estrecha vincu-lación que exhiben con relación a la decisión que en definitiva se adopte.

En tal sentido cuando la agraviada cri-tica la errónea interpretación del Art. 86 e los inci-sos 1 y 2 del Código Penal, acudiendo a la tesis de in-terpretación restrictiva, pudo tener es claro, la vi-sión que proporcionan los autores tradicionales del De-recho Penal, pero no puede oponerse la falta de trata-miento de la tesis amplia, que trata a fs.160vta./161, con cita de los autores tradicionales y concluyendo con Creus que la interpretación amplia ha desaparecido en el texto actual del código (Conf. Omst. Breglia Arias, Omar R. Gauna, Código Penal y leyes complementarias, 5ta.edición actualizada, Ed. Astrea, en comentario al Art. 86).

Pero la interpretación amplia o restric-tiva no define en profundidad la amplitud de la funda-mentación de la sentencia, porque la inaplicabilidad a que se refiere se encuentra consustanciada "…en suma, por las consideraciones precedentes…" (párrafo segundo de fs.165vta.). Y las consideraciones precedentes no pueden pasar inadvertidas, ya que constituyen el con-glomerado de las Convenciones del derecho vigente res-pecto al derecho a la vida y a la salud con la rele-vante cita del Art. 75 inc.22 C. N. fruto de la Reforma Constitucional de 1994; la no menor de esta Provincia con el Art. 18, cuando define concretamente: Todos los habitantes de la Provincia, gozan de los derechos y ga-rantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial gozan de los siguientes dere-chos: 1º. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviola-bles. Su respecto y protección es deber de los Poderes Públicos y la comunidad. 2º. A la protección a la sa-lud…"; el Art. 63 CC., que establece de modo explícito que la existencia humana comienza desde la concepción en el seño materno, que el régimen jurídico del nasci-turus implica una previa valoración del concebido como ser humano y que conforme con las disposiciones del Art. 63 y 70, el comienzo de la existencia del nascitu-rus (biológicamente configurada por la fusión cromosó-mica de las células germinales), coincide con el prin-cipio de su personalidad jurídica, concluyendo sobre el punto que:"…el Código Civil argentino considera al nas-citurus, como sujeto actual de derecho (persona por na-cer), explicitando con reiterado énfasis que su exis-tencia comienza desde la concepción en el seno materno, reconociéndose por tanto el status jurídico de persona, no obstante no haber nacido (Conf. Banchio, Cód. Civil y normas complementarias. Análsis doctrinal y jurispru-dencia. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, 3ra. Re-impresión, Ed. hammurabi, Pág.504 y ss.).

Lo relevante es que con tales anteceden-tes del derecho constitucional, resulta indiferente la interpretación adoptada respecto al Art.86 C. P. y es evidente que es el fundamento tutelar de rango consti-tucional el que cierra la conclusión de la sentencian-te: "Entiendo que si se concediera autorización para interrumpir el embarazo, se violaría irremediablemente el derecho fundamental a la vida de la personal por na-cer, jurídicamente reconocida en su personalidad por el derecho vigente, conforme las normas reseñadas ante-riormente, eliminando sin más la vida de una persona, con el agravante que además resulta un ser en estado de extrema indefensión y a todas luces resulta inocente en este conflicto. Dicha autorización, de concederse vio-laría la obligación del Estado de garantizar en la me-dida de lo posible la supervivencia y desarrollo del niño (Art.6 CDN)…".

No existe en consecuencia equívoco en la elaboración conceptual de la sentencia o incongruencia respecto a la inaplicabilidad del Art.86 del C. P. Es el rango constitucional adquirido por el derecho a la vida, que si como se señala la existía en nuestra Cons-titución, la cuestión se

explicita con tal imponencia a partir de la Reforma de 1994 aludida. Por la doctrina que implica, puede referirse al respecto la doctrina que emana de la exposición del Dr. Pettigiani – en mi-noría – en los autos caratulados “R. L. M.” de la Su-prema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 31/7/2006: “V. Pero lo cierto es que la norma anacróni-ca del Art.86 inc.2 Código Penal, cuyo origen se remon-ta a los criterios existentes 85 años atrás; coetáneos a la sanción del Código Penal, Ley 11.179, hoy se en-cuentra derogada por normas de indudable superior je-rarquía, contenidas en el texto expreso de nuestra Car-ta Magna. En consecuencia, el médico interviniente debe sujetarse a cumplir con su deber impuesto por el jura-mento hipocrático, al que debe prestar acatamiento, y éste no prescribe más que una sola conducta: preservar la vida existente que en nuestro ordenamiento jurídico ningún valor es superior al valor vida, y la persona del niño está sustancialmente protegida desde el momen-to de la concepción…siempre que existen diversos valo-res en juego debe procurarse en primer lugar su armoni-zación y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confron-tación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo…Esta protección se debe extender desde la concepción hasta el de la muerte natural (Art.12 inc.1 Const. Pcia. Bs. As)…sostenemos que el derecho a la vida y consecuente-mente a la personalidad del nasciturus desde el momento de su concepción, invocando como última ratio frente a toda situación de duda la aplicación del principio in dubio pro vida. También teniendo en cuenta que todo ac-to que atente contra la vida del mismo importa un caso extremos de violencia familiar respecto del ser mas in-defenso, y haciendo aplicación de otro principio limi-nar del derecho de familia: el del superior interés del menor. El nasciturus representa el grado extremo de in-defensión y por ello el derecho debe acudir en su auxi-lio, aunque no es el derecho sino la naturaleza quien le otorgó su ser propio, su humanidad y subsecuentemen-te con ello el derecho de ser considerado persona…”.

El punto responde a la profundización de la temática sobre el riesgo cierto que de no practicar-se el aborto existe riesgo para la salud de la madre por tendencia suicidas, poniendo el colisión los dere-chos señalados. Señala el fallo que tiene por acredita-do el embarazo con los certificados médicos y ecografí-as obrantes en autos, y la afectación del daño a la salud y la afectación psíquica de la adolescente, el efecto traumático que ha provocado la situación de abu-so y su profundización con el embarazo no deseado y funda su convicción que el aborto solicitado no contri-buirá a la recuperación de la salud, sino por el con-trario, agravará aún mas los efectos ya producidos en su salud psíquica y agrega el riesgo que una interven-ción quirúrgica de esta naturaleza podría provocar en su salud física, riesgos que incluso podrían significar su propia muerte. Y este punto señalado por la senten-cia, no puede desvincularse del examen ginecológico que también evalúa, realizado a la adolescente en fecha 11 de febrero de 2010, por el Dr. F. R. obrante a fs.128- anexo “d” del informe del Dr. J. C. P., Jefe del Depar-tamento de Tocoginecología y en cuanto expresa: “Al examen físico encuentro que la paciente está cursando un embarazo de 3 ½ mes, que coincide con el examen eco-gráfico de un embarazo de 16 semanas de características normales. Por lo tanto Sr. Director ante la intención de una probable interrupción de este embarazo, conside-ro que dado lo avanzado de su edad gestacional, es más riesgoso para la paciente la interrupción del mismo, que continúe con su embarazo a término, mas cuando está cursando un embarazo de características normales”. Agrega la sentencia que el mismo profesional informó a fs.80 que el período límite de gestación para realizar la práctica solicitada es de diez semanas.

Sigue fundando el fallo, conforme el Anexo “e”, bibliografía sobre las complicaciones del aborto: “El aborto provocado, tanto el quirúrgico como el médico, presentan múltiples

complicaciones. Éstas pueden ser tanto inmediatas, producidas durante, o en las 4 semanas siguientes al aborto, como a largo plazo. En ambos casos las complicaciones graves inmediatas, siendo el cáncer de mama, de ovario, de cerviz, la es-terilidad, los abortos espontáneos y el embarazo ectó-pico son las complicaciones graves a largo plazo más usuales. La muerte del feto no se valora en los estu-dios revisados" (negrita y subrayada me pertenecen").

Con los antecedentes señalados respecto a la salud y riesgo señalado por la recurrente, no pue-de sino señalarse las conclusiones médicas del Comité de Bioética (fs.164), que reconoce que existe riesgo para la salud de la madre en razón de la ideación sui-cida resultante de la evaluación realizada por el De-partamento de Salud Mental del presente Nosocomio, tam-bién en caso de practicarse la interrupción del embara-zo "…si existe riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación conforme lo expresa el in-forme del Médico Forense que asimila el riesgo a una intervención de una cirugía mayor. 3. Si la respuesta fuera afirmativa: ¿puede evitarse por otros medios? Si, puede evitarse mediante apoyo psico-individual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto…".

Frente a la conclusión contrapone la re-currente la afirmación contraria que dicha evitación es imposible, que nadie puede desestimar la posibilidad del pasaje a la ideación suicida como que ningún profe-sional pudo afirmar que un tratamiento psicoterapéutico puede erigirse en un medio que evite un resultado con los alcances requeridos por la norma.

Pero la impugnación resulta insuficien-te, el Comité de Bioética por una parte también dicta-mina que la interrupción del embarazo constituye un riesgo en la vida de la madre y la sentencia destaca a fs.164vta. las conclusiones del Comite, los que se des-tacan en el balance; que existe la posibilidad de res-guardar dos de los tres valores y la vida del nascitu-rus, que no es posible resguardar la salud psíquica de la madre ya dañada por el abuso sexual y violación, pe-ro sí de no causar mayor daño por las secuelas psíqui-cas del aborto. De los tres valores éticos a proteger priman los dos primeros y se intenta no agravar al ter-cero (fs.164vta.).

La absoluta desestimación en el agravio por parte de la recurrente, sobre la protección a la vida del nasciturus y del riesgo de vida de la madre por la realización de un aborto, dejan sin sustento la crítica frente a los valores superiores que se conside-ran (Art. 268 Ley XIII N º 5 – Anexo Ley 2203 – del Di-gesto Jurídico). Ello, los principios señalados respec-to al resguardo de la vida, cuyas valoraciones respecto al nasciturus formaron parte de la sentencia, como asi-mismo de consecuente aplicación en lo concluyen los mé-dicos, por el resguardo de la vida de la madre frente a una operación quirúrgica con riesgo de vida para la madre.

Por las razones expuestas se rechaza el agravio precedente.

Se opone la errónea interpretación del Art.1 de la CIDN, que conduce – se sostiene- a la falaz interpretación de la Reserva y Declaraciones de la Re-pública Argentina, que procuró armonizar los términos de la CIDN con otras normas de fuente interna, con lo que la magistrada llega a reconocer iguales derechos por su condición de persona y sujetos de derecho a la madre como al nasciturus.

Se señala que la inferencia del Estado Argentino no puede ser calificada como Reserva y en consecuencia que el Estado no puede adoptar como alter-nativa a la comminación penal.

La objeción no se ajusta a derecho, por-que el Art.41 de la convención establece el respeto a las disposiciones mas conducentes a la realización de los derechos del niño, sea que estén recogidas en el derecho de un Estado parte o en el derecho internacio-nal vigente con respecto a dicho Estado. Valga en con-secuencia señalar en esta normativización, entre otras, la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, (DUDH) llamada Pacto de San José de Costa Rica, del año 1969 y aprobada por Ley 23.054, que establece que: “Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” y a mayor abunda-miento: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

No puede sostenerse la omisión en la va-loración del interés superior del niño, que el mismo reconoce se funda con la especialista de la materia Ce-cilia Grosman que sirve como herramienta para determi-nar en cada caso en particular los derechos de la per-sona afectada. Sostiene que solo se dedica a afirmar, sin dar el contenido.

La alegación debe ser desestimada, en-contrándose ya analizado que la sentencia receptó las conclusiones del Comité de Bioética, que señalaron los derechos preservados, la vida del nasciturus y el ries-go de vida de la madre frente a una eventual realiza-ción de un aborto, cuestiones que no resultaron contes-tadas por la agraviada.

Se rechaza asimismo el apartamiento como infundado de las conclusiones del Equipo Técnico Inter-disciplinario, porque asimismo ya se examinó que si fue convicción de la sentenciante que el aborto solicitado no contribuiría a la recuperación de la salud de la ni-ña, era consecuencia de los informes médicos que le permitían llegar a tales conclusiones, puntos que ya se han dejado analizados y sus alcances.

La queja respecto a las medidas de pro-tección dispuestas por la recurrente, en cuanto resul-tan invasivas de la persona y grupo familiar y vulnera-ción del derecho de la adolescente a decidir sobre su salud, sin oir a la niña A., asi como a la elección de los profesionales de confianza, como que obstaculizan el libre ejercicio de sus derechos, conllevan la eva-luación concordante de la Asesora de Familia, remitien-do a los puntos que resulten.

Por todo lo expuesto, me expido por el rechazo de los agravios de los recursos interpuestos por las recurrentes, con la salvedad precedente.

La Dra. María Isabel Díaz de Fajardo, Asesora de Familia en Incapaces, destaca en efecto, que las medidas deben ordenarse con coordinación, enten-diendo que lo resulto en los puntos 2, 4, 5, 6, y 7 del resuelvo cae en intervenciones excesivas e invasivas en lo personal y familiar, rayano en la injerencia arbi-traria de la vida privada de A. y su familia, advir-tiendo que por los respondes a las medidas ordenadas a las entidades asistenciales, argumentaron lo perjudi-cial de la numerosas intervenciones. Señala entonces que en su oportunidad invocando el informe del ETI de fs.92, se advertía que la niña debía ser incluída en un tratamiento psicológico que hiciera el SAV, quien ac-tualmente continúa con el tratamiento, sin perjuicio de que ya se encuentra bajo el tratamiento de la Lic. M., conforme lo informado en autos. Opone asimismo su dic-tamen previo a la sentencia y los requerimientos que efectuara (últ. Párr. fs.322vta./323), concluyendo más abajo que el mismo y único equipo multidisciplinario de salud debería intervenir con los alcances que señala (últ. Párr.323/323vta.).

Por la profesionalidad y conocimientos de la complejidad de la presente causa, corresponde la revocatoria en la medida peticionada por Sra. Asesora de Familia.

Por todo lo expuesto, corresponde con-firmar el punto 1 de la parte resolutiva de la senten-cia de fs.153/159vta. y revocar parcialmente las medi-das de los puntos 2, 4, 5, 6 y 7 de la misma, con los alcances que se dejan expuestos en el considerando res-pectivo y que operarán con los alcances señalados por la Asesora de Familia en la presentación referida.

Atento la naturaleza de las cuestiones comprendidas en el litigio y deviniendo las costas por su orden, corresponde asimismo la misma imposición de costas en esta Alzada y por las valoraciones del desem-peño profesional allí señaladas, de igual modo en esta Alzada, propongo la regulación de honorarios de la Dra. S. E. G., en la suma de $ 420 y los conjuntos de los Dres. H. G. A. y M. C. R., en la suma de $ 420.

Se tendrá asimismo presente la reserva del caso federal de fs.221/240.

Por ello, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, con la disidencia de la Sra. Juez de Camara Dra. Nelida Susana Melero,

R E S U E L V E:

1) Confirmar el punto 1 de la parte re-solutiva de la sentencia de fs. 153/169

2) Revocar parcialmente las medidas de los puntos 2,4,5,6 y 7 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 153/159vta, con los alcances que se dejan expuestos en el considerando respectivo y que operaran conforme lo señalado por la Sra. Asesora de Familia.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 239 vta.

4) Costas de la Alzada por su orden. Regulando honorarios profesionales a la Dra. S. E. G., en la suma de pesos cuatrocientos veinte ($420) y a los Dres. H. G. A. y M. C. R. conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte ($420).

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO DE 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS