

Q

Comodoro Rivadavia, 25 de febrero de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados “XXXXX”, 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 AG y dispuso una serie 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 autosatisfactivas, señala su objeto, explica sus alcances. En segundo termino le genera agravio que el fallo considera 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 interpretación restrictiva del mismo, sin verificar si es la interpretación adecuada a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y el principio de no discriminación, 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 Derechos Humanos de Naciones Unidas por haber reconocido el Estado Argenti-

no que negar una práctica de aborto a la niña en cuestión era una vulneración de sus derechos fundamentales reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Como quinta queja indica que se argumentó 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 países en que puede realizarse hasta las 24 y 28. Señala que los asesores de la Generalitat defienden el plazo de 24 semanas y sin limitación para los casos de malformaciones y peligro físico o psíquico de la madre. Describe distintas recomendaciones efectuadas por Comité Consultivo de Bioética 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 AG. Denuncia falta de nexo lógico 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 estando ausente la adecuación de los hechos a los supuestos previstos en la norma la sentenciante habría rechazado la posibilidad de cualquier aborto, pues luego de concluir que el caso llevado a su examen no encuadra en ninguno de los supuestos del men-

tado 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. Puntualiza también que el a quo transcribe 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 alteren los principios de validez del acto jurisdiccional según lo prevé la normativa ritual.

Se introduce luego a la segunda crítica 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 interpretación restrictiva de la norma, pese que tanto la doctrina y jurisprudencia se inclinan cada vez más por la adopción de la tesis amplia de interpretación. Reedita 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 punible el aborto cuando el embarazo proviene de una violación, 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 doctrina mayoritaria consistente en que en el caso de embarazos provocados por violaciones, cualquiera sea la salud mental de la víctima, o por relaciones sexuales con mujeres mentalmente insanas, el aborto es legalmente permisible porque no tiene el deber de ofrecer su cuerpo a disposición del salvamento de otra vida. Señala que la interpretación restrictiva propiciada por la sentenciante está en

tensión con los valores liberales de nuestra constitución y transforma la regla del permiso en arbitraria y discriminatoria. Adiciona distintas líneas argumentales para sostener la postura que propugna, que entiende que es la que mejor se compatibiliza con el valor constitucional de igualdad entre varones y mujeres, previstos por la reforma de 1994 y los tratados de derechos humanos incorporados por la misma.

En tercer lugar tacha de errónea la interpretación 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 adolescente y el efecto traumático provocado por el abuso reiterado y la violación y la profundización del mismo con el embarazo no deseado, efectuando apreciaciones respecto 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 XXXX contra su voluntad aparece actual y cierto, extremo no tenido en cuenta por la juez quien descartó la posibilidad de la intervención fundada en que no contribuiría a la recuperación 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 posibilidad de realizar el aborto farmacológico sea en el primer o segundo trimestre de la gestación según recomendaciones de la Federación Latino Americana de Sociedades de Obstetricia y

Ginecología (FLASOG) que acompaña. Recuerda las transformaciones que sufre el cuerpo en la gestación y las repercusiones posibles en el aparato psíquico, entorno social, vida familiar y truncamiento del proyecto de vida, debiendo soportar los malestares de los últimos meses de gestación, dolores musculares, de contracciones y del propio parto. Refiere también a los distintos plazos vigentes en diferentes países para permitir la interrupción del embarazo y especialmente al informe brindado por la Dra. Kiguel 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 gestación 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 basó el rechazo de la pretensión devienen equívocos. Considera una exigencia adicional que impone la juez al decir que el agravamiento de la salud psíquica que se invoca no puede considerarse como un daño autónomo. Tal exigencia no está prevista por la norma, que ni siquiera exige la configuración de un daño cierto, solo se refiere la evitación de un peligro. Extremo, que indica, sobre el que ya había argumentado. Critica la decisión de la sentenciante en cuanto entendió que el daño derivado de la continuidad del embarazo puede ser evitado por otros medios. Precisa que si no reconoce el daño a la salud generado en xxxx 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 Licenciados del Hospital Regional y de fs. 125/126 de que indican la presencia de ideación suicida precisando

que ninguno de tales informes dictamino acerca a la existencia de medios hábiles para evitar el peligro advertido en la conducta de la joven. Remite asimismo al informe del Dr. Tuñon que acompaña al impugnar el dictamen del comité 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 normativa aplicable al caso que la lleva a la juez a entender 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.

Continúa la queja en la omisión de valoración y contenido del interés superior del niño como fundamento del rechazo del pedido de autorización. Indica que no se justificó las razones por las que se haría efectivo el mentado interés de la niña con la preservación compulsiva de la vida del feto.

En sexto término denuncia el apartamiento 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 pueda 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 dictadas de oficio –una serie de intervenciones simultáneas de diversos equipos interdisciplinarios, tratamientos, terapias, controles y seguimientos y la presencia permanente 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 conclusiones volcadas. Denuncia la improcedente conformación del comité ad-hoc de acuerdo a lo previsto por la ley provincial 4950. Efectúa consideraciones sobre el dictamen pronunciado por el mentado comité. Objeta la falta 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 interrupción del embarazo, sin explicar la razón de descartar cualquier otra alternativa, tal como el aborto farmacológico, propiciada por la apelante de conformidad con la documentación que acompaña y conforme la cual también impugna el plazo límite para realizar la interrupción del embarazo. Aduna que en la mayoría de los casos jurisprudenciales de nuestro país que autorizaron la interrupción el embarazo era de 18 o 19 semanas. 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 dicha evitación es imposible, tampoco se pudo afirmar que un tratamiento psicoterapéutico pueda garantizar el resultado 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 riesgo 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 XXXX durante el transcurso de la gestación y el alumbramiento.

Refuerza su postura en el informe suscripto por el Dr. Jose Luis Tuñon en consulta que realizara sobre el caso y que acompaña.

A fs. 273 obra constancia del contacto tomado por el Tribunal con la joven XXXX de la que surge que la misma no acepta otra opción distinta a la interrupción del embarazo aunque reconoce que el aborto implica 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 diversas 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 Nunca Cuyen-Madre Luna; Foro por los Derechos Reproductivos; Casa de la Mujer de Puerto Madryn; Asociación Civil La Casa del Encuentro; Las Juanas 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, Asociación para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, Mujeres Marchando, Las Lilith; CATWLAC Coalición contra la trata y el tráfico de mujeres y niños, Colectiva Feminista Las Revueltas; Mujeres por la Solidaridad 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, cuestiona las medidas de protección dispuestas por la a quo.

A fs. 272 se agrega la causa 25.661 “XXXX” requerido mediante oficio Nro. 33/10.

III.- De las constancias obrantes en la causa surge que el 22 de enero de 2010, la Sra. XXXX, denuncia que su hija de quince años fue violada por su marido –padraastro de la menor- el 13 de noviembre y solicita 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 Ministerio Fiscal el día 3 de diciembre de 2009.

La Sra. Juez de feria, en atención a la urgencia del pedido y los perjuicios irreparables habilitó 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 dictamine sobre la existencia de riesgo para la salud o vida 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 adolescente y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50 vta).

La Lic. Alvarez y la Psicóloga Diaz, integrantes del ETI a fs. 27 dan cuenta que se trata de una adolescente con desarrollo evolutivo normal sin indicios 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 vivido como un evento extraño, invasivo, incompatible con su universo de posibilidades, resultándole intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Las profesionales manifestaron que no existen opciones ideales de resolución, diagnostican que la interrupción de un embarazo representa una situación traumática cuya elaboración 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, incluido riesgo de vida. Estiman que la joven cuenta con el apoyo y sostén del grupo familiar nuclear, sin que se surja ningún tipo de condicionamiento en la decisión.

A fs. 11 y a solicitud de la Fiscalía interviniente en la causa 25.661 la Lic. Alvarez había dado cuenta de una dinámica familiar con aspectos disfuncionales, que cuando la adolescente tenía 11 años su madre trabajaba de noche, y su padrastro había comenzado a manosearla por las noches, y que habiéndole contado a su madre en presencia de su abuela materna, este le pidió que tuviera paciencia y sin mediar acción concreta cesó el comportamiento abusivo hasta el hecho que denuncia. Informó sobre la impotencia, vergüenza, tristeza, enojo, miedo, incertidumbre sobre un posible embarazo.

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 letrado y un miembro del ETI del cual se advierte que informada sobre las alternativas que existen de tener al bebe con ella o darlo en adopción o no tenerlo, refiriendo la joven no quiere tener al bebe porque esta situación 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 psicológica y psiquiátrica para evitar la angustia que siente y que la ayuden a pensar. Refirió que habló con sus hermanos madre y padre y de rechazar la interrupción del embarazo su mama le ayudara a criar al bebé.

A fs. 46 obra informe del médico forense 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. Solicita evaluación psicológica y psiquiátrica por los profesionales del Hospital Regional y entrevista al padre 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 Víctima quien brindó acompañamiento a la actora planificándose entrevistas individuales con la joven y su madre, y ante la importante sintomatología depresiva reactiva y la recurrencia de ideaciones autodestructivas se solicitó a la progenitora la urgente consulta psiquiátrica para iniciar tratamiento profundo y puntual para la joven.

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

A fs. 82 obra evaluación psicológica y psiquiátrica por los profesionales del Hospital Regional a la adolescente. Surge que la misma se mostró lúcida, orientada, sin alteraciones de la sensopercepción ni del pensamiento. Da cuenta de la sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violación sufridas desde los once años, de la ideación suicida si el embarazo no se interrumpe, la negación a cualquier alternativa posible a la interrupción de la gestación. Sugiere continuidad del tratamiento Psicológico.

A fs. 84 se ordenó brindar tratamiento psicológico o psiquiátrico a la joven por medio del Departamento de Salud Mental del Hospital Regional de esta ciudad.

A fs. 92 obra informe del ETI respecto de la entrevista mantenida con el padre biológico de XXXX 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 ecografía 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 XXXX solicita sentencia 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 dignidad (art. 9 de la ley 26.061)

A fs. 140/143 obra dictamen del Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional para evacuar la consulta que se le efectuara. Destaca que toman en cuenta los informes elaborados por los profesionales en psicología Horacio Martelossi, Susana Martinug, Valeria Astudillo y Gabriela Acuña), tocoginecología (Dr. Juan Pires) y las constancias 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 permanente, familiar e individual a la adolescente y su familia. 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 último

efectúa consideraciones sobre los derechos del nasciturus con referencia a jurisprudencia que cita como casos similares. Reseña las circunstancias éticas 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 está causado no está probado con ninguno de los informes que la continuidad del embarazo provoque un daño psíquico autónomo. Parece reconocer las secuelas psíquicas del aborto. A fs. 143 puntualiza que el caso no encuadra en el inc. 2 del art. 86 del CP. Desde el punto de vista psicológico, en caso de no practicarse el aborto, existe riesgo para la salud de la madre en razón de su ideación suicida. Desde el punto de vista físico, en caso de practicarse el aborto también existe riesgo para la vida por el avanzado estado gestacional. Limita el tiempo para la realización de la intervención a las diez semanas de gestación. Concluye que de continuar el embarazo el riesgo para la vida de la madre puede controlarse por otros medios, el daño psíquico ya padecido no se corrige con la interrupción del embarazo. Si se practica el aborto existen riesgos de complicaciones que pueden hacer peligrar la vida de la embarazada a lo cual se agrega el daño psíquico que produce el aborto. Se pronuncia por la no interrupción del embarazo.

A fs. 146/151 contesta vista la Sra. Asesora civil de Familia e Incapaces quien analiza el material probatorio descrito, 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 internacional, del niño por nacer, con personalidad independiente sin que el valor de la vida humana admita prelación 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 sentencia anterior efectúa precisiones sobre la vía procesal elegida, admite que no existe un procedimiento determinado para obtener autorizaciones como la de autos, tras citar a Bidart Campos en su consideración de la autorización judicial para interrumpir el embarazo fundado en el art. 86 del CP, considera que habiéndose dado curso a la acción y estando en juego derechos fundamentales de raigambre constitucional de dos personas menores de edad, tratándose 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 naturaleza y urgencia de las pretensiones, encauzando los trámites por las vías 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. Respecto de la CIDN, sostuvo que se impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones interpretativas incluidas por nuestro país al ratificarla. Concluyendo que el derecho a la vida goza de protección constitucional, y que en el caso de autos, se reconocen iguales derechos, por su condición de personas y sujetos de derecho a la madre y al nasciturus, estableciendo que el conflicto de derechos está entre el derecho a la preservación de la salud psíquica que reclama la adolescente y el derecho 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 caso de autos a riesgo de salud psíquica e incluso de vida por las conductas de autoagresión y tendencia suicida de la joven y si bien tuvo por acreditado el embarazo, 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 convicción 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 contundente el dictamen del Comité de Bioética Ad-Hoc.

Puntualizó que el tiempo límite para la interrupción del embarazo se encontraba excedido al presentar la demanda, cuando ya se estaba cursando la semana 11/12.

Por último consideró que el interés superior 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 porque el daño psíquico que se invoca no puede considerarse como daño autónomo sino derivado de la situación de abuso reiterado y violación sufridas y porque el peligro 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 cuestión 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 resultas del recurso), la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira", y la influencia que acerca de lo que se piensa sobre el aborto ejercen "la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas 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 constitucionales, libres de emociones y preferencias, (.) honestamente" (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 superpuestas.

En tal metodología, se advierte que la actora apelante se agravia porque se ataca la vía elegida. 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 crítica que efectúa la apelante el perjuicio que le causa las consideraciones que efectuara la juez a quo en torno a la vía elegida, que amerite digresión alguna sobre el tópico, sobre todo cuando se advierte un trámite encausado con la máxima celeridad posibles y tendiente a asegurar la bila-

teralidad y el derecho de defensa de las partes involucradas.

La carencia argumentativa y la irrelevancia en la solución que se advierte cuando afirma la apelante que la sentencia contiene postulados contradictorios obsta el tratamiento por esta Alzada sobre el particular.

Cabe ahora referir a la crítica efectuada, 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 decisorio 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 condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22), teniendo en cuenta ya sea las reservas 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, excede de la distinción entre reserva y cláusula interpretativa vinculándose más con la preeminencia que en el balanceo de los valores en juego en cada caso particular, concede 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 Derechos 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 personas que viven ya, ahora” (“La Familia en el Nuevo Derecho” 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 embarazo de la menor causante, los tiempos biológicos naturales, imponen una rápida adaptación de los tiempos judiciales 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 planteada son:

a.- el informe producido por el Equipo Interdisciplinario (ETI) (fs. 27) del día 28/01/2010 en el cual expresa y subraya que la continuidad del embarazo contra la volun-

tad 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 psiquiátrica – Hospital Regional – (fs. 82) de los Dres. Horacio Martelossi y Raúl Marcelo Soria 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 sufridas desde los once años. Presenta ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; puede comprender alternativas a la interrupción del embarazo, pero se niega a ello. Es reflexiva y conciente de su situación actual manifestando que su plan de vida y sus proyectos a corto plazo, se han visto alterados por la situación traumática de la violación y el embarazo.”;

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 alternativa para la traumática situación vivida; - no consideran viables otras opciones y ninguno está de acuerdo con ellas; - tienen intenso temor de que XXXX atente contra su vida y en algunos casos la certeza de que esto sucederá de obligarla a seguir adelante, responsabilizando al sistema judicial por

lo que pudiera pasarle;-les cuesta entender que no se apruebe su solicitud;- fundamentan su decisión en que el embarazo es producto de una violación , por una persona integrada al seno de la familia en condición de padrastro y en que XXXX 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, “XXXX “, agregado por cuerda a los presente conforme 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 coincide en advertir que se registró en la joven una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo recurrencia de ideaciones auto destructivas;

f.- Informe del Dr. Alberto J. Díaz Legaspe ,Director del Hospital Regional – Área Programática de esta ciudad ( fs. 90 del 10/02/10, nota nro. 301/10) donde informa que el Comité de Bioética del Hospital Regional fue creado a raíz de la Ley 4950 que autorizó la realización de intervenciones quirúrgicas que tengan por finalidad la aplicación de métodos de contracepción quirúrgica, aclarando seguidamente que es por ello que teniendo en cuenta que dicho comité se conformó para resolver específicamente esos casos , a los fines de elaborar un informe interdisciplinario para el caso particular conformando un Comité de Bioética Ad-hoc compuesto 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 oficio 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 impugnación a dicho dictamen (fs. 254//258vta.);

h.- documentación acompañada por el defensor público de A.G. a fs. 318 (agregada a fs. 311/317) correspondiente a informe efectuado por la Dra. Florencia Kiguel – Ginecológica Infantojuvenil M.P. 1538 –Jefa a/c División Adolescencia - Trelew, 10/02/10, donde expresa que existen diferentes métodos para provocar la interrupción de un embarazo y que actualmente se cuenta con la posibilidad de realizar el aborto medicamentoso o farmacológica, por medio de la administración de medicamentos, 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, según las recomendaciones de la Federación Latino Americana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología. Adjunta 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 derechos 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 alternativas que la que solicita, pero que su deseo es interrumpir el embarazo, expresando sus sentimientos íntimos en cuanto a los hechos vividos, su entorno familiar, 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 identifica y está convencida la suscripta, fundamentaciones éstas (teniendo en cuenta el respeto intelectual y personal que ha de tenerse de las personas que han desarrollado 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 caratulados: "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 adhirieron, haciendo acotaciones y agregaciones los restantes Camaristas Dres. Ricardo Domingo Monterisi y Nélide 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 presente caso XXXX 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 emitir 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 solución 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 página 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 independiente”.

"En primer lugar, la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la embarazada determina una especial relación de dependencia 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 continuación 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 preponderante".

"El problema jurídico se plantea porque algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los intereses en juego, incluidos los de la embarazada misma (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, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma".

“Dice más adelante el autor que vengo transcribiendo que "frente a estas dos posturas, ideológicamen-

te enfrentadas, se ha ido abriendo en los últimos treinta años en el derecho comparado una postura intermedia que, partiendo de la protección jurídico penal que merece también la vida dependiente y, por tanto, 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 legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad 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 absoluto....porque habría implicado la derogación de los códigos penales que regían en muchos países y que excluían la sanción penal en diversos casos. (art.86 del Código Penal Argentino)“.

“La mayoría de los ordenamientos establece una diferencia entre la protección dispensada a la persona por nacer, que a la persona ya nacida (del dictamen de la Procuración de la SCBA en la causa n° 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 t°I editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 1999 página 91).”.

Al respecto enseña Antonio E. Pérez Luño que: " la dignidad humana constituye no solo la garantía 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 personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de una lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación (...) que surge de la libre proyección histórica de la raza humana, antes que de una predeterminación 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 aberrante por parte de su padrastro, es contrario a la dignidad personal de la menor de catorce (aquí quince) años, obligarla a soportar un embarazo derivado de una violación, 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 ("Derecho Penal: parte general" editorial Ediar, Bs.As. Noviembre de 2000, página 483 nº9) que "La salud puede ser tanto física como psíquica, de modo que es correcto que el Código no distinga y, por ello, puede considerarse el aborto practicado en el caso de embarazo proveniente de una violación co-

mo 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 ético, y del eugenésico. Conforme a nuestra ley, la hipótesis 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 peligro para la salud abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada".

“De lo expuesto por el reconocido jurista, surge que el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis 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 segundo, en tanto el embarazo es producto de una violación”.

A lo que se viene transcribiendo considera la suscripta que es de suma importancia a efectos 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 en-

trevista personal fs. 275). Ello así, ya que he observado - ante los dichos de las mismas - que es evidente que la continuidad del embarazo provocado por la violación del padrastro( el que fuera visto por la menor como el propio padre ya que es el que trató 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 cuales convive actualmente), profundizaría la fragilidad del estado de la menor, exponiendo su salud a serios peligros, que la pueden llevar a tomar decisiones fatales para sí misma.

Ante dichas circunstancias, reitero no me cabe duda alguna que mucho mayor será el daño psíquico 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 soportar un embarazo derivado de una violación, en tanto al prescindir de su consentimiento se la estaría considerando un mero instrumento o incubadora.

Es cierto que la interrupción del embarazo 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 reflexión 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 reso-

lución contraria a los intereses de la peticionante pondría al descubierto la diferencia abismal existente entre una joven de condición socioeconómica humilde obligada a recurrir a un hospital público 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. CApelCiv, 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 precedentemente identificada, la joven sigue sintiéndose victimizadas por el servicio de justicia, atento su manifestación 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, Defensorías, Juzgado de Menores y a esta misma Alzada siendo preguntada sobre las circunstancias que le tocó vivir.

Ante dichas circunstancias ha determinado la doctrina que:”Este tipo de actitudes invasivas e intrusivas, trae aparejado el incremento de las vivencias traumáticas por proceder reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala”(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. Andrés 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 identificamos la expresión "atentado al pudor" con abuso deshonesto, estaríamos frente a un gran contrasentido que rozaría el absurdo: suponer la existencia de un embarazo 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 prevista en el inciso 2 del artículo 119, y que en consecuencia, 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 formas previstas por la ley en el artículo 119 del código penal...". (Andrés Gil Domínguez, "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Ed. EDIAR, pág. 137). Respecto 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 formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación...". (Andrés Gil Domínguez, "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 solamente la Convención sobre Derechos del Niño y los Tratados Internacionales (art. 1 de la Declaración Americana 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, poniéndolos 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 pueda ser llevado a cabo implicaría que otras jóvenes en la misma situación no denuncien el delito y concurren 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 vida, 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 disímiles al momento de tomar postura sobre temática como la aquí tratada, considero de aplicación la excepción prevista por el art. 69 2do.párr. del art. 69 párrafo segundo del CPCCH, Ley XIII, nro. 5, Anexo A), razón por la cual encuentro razón suficiente para determinar la exención total de costas. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, en ambas instancias, 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 derecho propio, plantea-

do a fs. 221/240 y revocar íntegramente la sentencia de fs. 153/169 y, en consecuencia, conceder autorización para la interrupción del embarazo de la menor XXXX, nacida el 03/09/94, DNI nroXXXX, medida que debe efectivizarse en el Hospital Regional de esta ciudad con Profesionales del Servicio de Obstetricia y Ginecología Especializado.

3) Previamente y a los efectos de salvaguardar los derechos a la salud de la menor causante oficiase 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 cuenta los distintos métodos actuales que han sido informados en el presente caso y siempre según las reglas de la lex artis.

4) Disponer comunicar la presente sentencia al Sr. Juez de Garantías que entiende en el Caso nro. 25.661 caratulado: “XXXX s/ Denuncia abusa sexual“, a los fines de que disponga las medidas necesarias para la conservación de las pruebas y las notificaciones que estime pertinentes.

5) Sin costas (art. 69 párrafo segundo del CPCCH, Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, 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 cédula, 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 Camra 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 autosatisfactiva, 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 prejuzamiento. Hoy día es una discusión superada.

Así, se reitera el uso en similares circunstancias, 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 vulnerado, alcanzando la satisfacción de las pretensiones esgrimidas, 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 posibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida que podría ocasionar

el fallo recurrido; se impone flexibilizar los requisitos formales de admisibilidad. 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 institucional (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 obviaron 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 restantes 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 encontradas pasiones que provoca el tema, consecuencia de la falta del

profundo, serio y responsable debate adecuando la añeja normativa vigente a los requerimientos de la hora actual y consagrada a nivel constitucional, respeto la valiosa opinión de partes interesadas directamente y la de aquellas instituciones que la han acercado 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 desconocen las leyes especiales locales que contemplan la intervención 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 Nación (Acordada 28) y de las normas procesales imperantes 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 entrevistas personales llevadas a cabo escuchando a la menor, necesariamente se impone la necesidad no tan solo encauzar toda reflexión decisoria a la luz del art. 86 y conchs. del CP. y su relación con toda la normativa incidente, olvidando pautas esenciales.

Parto de un principio incommovible, esto es, la vida es el fundamento y soporte de la existencia de todos los demás derechos. La vida antecede a cualquier 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 interrupción de su embarazo por haberse configurado una situación

que quedaría comprendida dentro de las previsiones del art. 86 del CP., así se nos ha colocado en situación de decidir, de considerarse viable la petición, de dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (nasciturus) que no tenido oportunidad de optar por ser o no ser.

Las dudas que ha generado la interpretación integral de esta normativa con la que le da fundamento, la incidente de derecho civil, en relación necesaria con el ordenamiento Constitucional y Supranacional al que hemos adherido, provocaron fuertes cruces doctrinarios y jurisprudencia encontrada olvidando muchas veces los matices que ofrecen los caso en concreto y que no permiten la utilización de formulas dogmáticas. Sino razonables y en función de hechos ciertos, fehacientemente comprobados y no conjeturales o hipotéticos.

Así, una mera exclamación de disgusto o frustración no autoriza a presumir un desenlace dramático, si no se acompañan suficientes estudios o antecedentes 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 cautelar, de la lectura del 86, párrafo 2º y normativa concordante permite afirmar que se trata de casos que configuran lo que es llamado “impunidad de derecho” y que suelen denomi-

narse “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 momento afectan la ilicitud de la conducta (la tipicidad y antijuridicidad, es decir, lo injusto, quedan intactos), 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 reforma 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 Internacionales?”, publicado en Microjuris.com, cita: MJ-DOC-3283-AR | MJD3283, “El Código Penal coloca las distintas figuras 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 dispone 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 estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción.

Y que si bien en el ordenamiento nacional vigente la decisión de interrumpir el embarazo está fundamentalmente vedada, el nasciturus no es receptor de un derecho absoluto. De allí las causales exculpatorias 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 señalado, 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 tratamiento por parte del poder legislador y no por vía de la interpretación judicial, que puede llegar a conclusiones 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 conformidad 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 indicado 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 conduc-

ta 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 escena 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 defenderse por sí mismo sino también reconocer el derecho 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 quirúrgica, 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 contenidas en la Constitución nacional que consagran el derecho 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 parecen 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 desvanece el conflicto planteado ya que sólo persiste la necesidad de una única decisión: la decisión médica.

Y se agrega que: "No procede la intervención de la Justicia cuando de lo que se trata es de un acto lícito. Si, por el contrario, la conducta constituyera un hecho ilícito, tampoco cuentan los magistrados con la facultad legalmente conferida de 'autorizar' su realización. No están habilitados los jueces para abrir juicio de valor acerca de conductas ni de las distintas circunstancias eventualmente comprometidas 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 casos relacionados con prácticas abortivas, en razón de encontrarse comprometida la vida de un tercero: el nasciturus. 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 ad-

vierten excepciones al respeto de ese derecho fundamental (la vida) del ser en gestación desde su concepción.

Hay una consideración que es esencialísima, 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 encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como ultima ratio, 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 mismo importa un caso extremo de violencia familiar respecto 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 nasciturus 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, Germán José, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tº 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) adoptado 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 protegido 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), aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948 (2 de mayo): "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

En el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", y en el 6 se añade que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento 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. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (aprobada por ley 23.849): "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán 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 mayoría de edad", a lo que la República Argentina formuló la siguiente reserva al ratificar la Convención: "Con relación al art. 1° 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 des-de 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 CPr. ampliando el concepto con la lectura de los arts. 9, 22, 27, 50 del mismo texto legal.

Ahora bien, desde lo subjetivo, resulta muy difícil que un ser humano, en su ansiedad por subsistir y llevar adelante el cumplimiento de los fines que se ha propuesto, y obedeciendo a un elemental instinto 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 jurídica 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 impunidad.

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 secuela negativa del arrepentimiento tardío- y es ante ese riesgo cierto, inminente y anunciado que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, me veo como juez compelido 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 corre un peligro cierto aunque no ha quedado suficientemente 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 constituye 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 denegada sin per-

juicio de establecer en la etapa de ejecución de sentencia y por ante el juez natural de la causa 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 corresponde por su implicancia la revocatoria con los alcances 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 honorarios al momento el acuerdo.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

Resta proceder al análisis de los agravios que atacan sustancialmente a la decisión recurrida y que serán tratados en conjunto por la estrecha vinculación que exhiben con relación a la decisión que en definitiva se adopte.

En tal sentido cuando la agraviada critica la errónea interpretación del art.86 e los incisos 1 y 2 del Código Penal, acudiendo a la tesis de interpretación restrictiva, pudo tener es claro, la visión que proporcionan los autores tradicionales del Derecho Penal, pero no puede oponerse la falta de tratamiento 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 restrictiva no define en profundidad la amplitud de la fundamentación 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 conglomerado de las Convenciones del derecho vigente respecto al derecho a la vida y a la salud con la relevante 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 garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial gozan de los siguientes derechos: 1°. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respecto y protección es deber de los Poderes Públicos y la comunidad. 2°. A la protección a la salud...”; el art.63 CC., que establece de modo explícito que la existencia humana comienza desde la concepción en el seno materno, que el régimen jurídico del nasciturus 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 nasciturus (biológicamente configurada por la fusión cromosómica de las células germinales), coincide con el principio de su personalidad jurídica, concluyendo sobre el punto que:”...el Código Civil argentino considera al nasciturus, como sujeto actual de derecho (persona por nacer), explicitando con reiterado énfasis que su existencia 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. Análisis doctrinal y jurisprudencia. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, 3ra. Reimpresión, ed.hammurabi, pág.504 y ss.).

Lo relevante es que con tales antecedentes del derecho constitucional, resulta indiferente la interpretación adoptada respecto al art.86 C.P. y es evidente que es el fundamento tutelar de rango constitucional el que cierra la conclusión de la sentenciante: “Entiendo que si se concediera autorización para interrumpir el embarazo, se violaría irremediablemente el derecho fundamental a la vida de la personal por nacer, jurídicamente reconocida en su personalidad por el derecho vigente, conforme las normas reseñadas anteriormente, 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 violaría la obligación del Estado de garantizar en la medida 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 Constitución, 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 minoría – en los autos caratulados “R.L.M.” de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 31/7/2006: “V. Pero lo cierto es que la norma anacrónica del art.86 inc.2 Código Penal, cuyo origen se

remonta a los criterios existentes 85 años atrás; coetáneos a la sanción del Código Penal, Ley 11.179, hoy se encuentra derogada por normas de indudable superior jerarquía, contenidas en el texto expreso de nuestra Carta Magna. En consecuencia, el médico interviniente debe sujetarse a cumplir con su deber impuesto por el juramento 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 momento de la concepción...siempre que existen diversos valores en juego debe procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo...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 consecuentemente 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 acto que atente contra la vida del mismo importa un caso extremos de violencia familiar respecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio liminar del derecho de familia: el del superior interés del menor. El nasciturus 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, su humanidad y subsecuentemente con ello el derecho de ser considerado persona...”.

El punto responde a la profundización de la temática sobre el riesgo cierto que de no practicarse el aborto existe riesgo para la salud de la madre por tendencia suicidas, poniendo en colisión los derechos señalados. Señala el fallo que tiene por acreditado el embarazo con los certificados médicos y ecografías 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 abuso y su profundización con el embarazo no deseado y funda su convicción que el aborto solicitado no contribuirá a la recuperación de la salud, sino por el contrario, agravará aún más los efectos ya producidos en su salud psíquica y agrega el riesgo que una intervención quirúrgica de esta naturaleza podría provocar en su salud física, riesgos que incluso podrían significar su propia muerte. Y este punto señalado por la sentencia, no puede desvincularse del examen ginecológico que también evalúa, realizado a la adolescente en fecha 11 de febrero de 2010, por el Dr. Felipe Rodríguez obrante a fs.128-anexo "d" del informe del Dr. Juan Carlos Pires, Jefe del Departamento de Tocoginecología y en cuanto expresa: "Al examen físico encuentro que la paciente está cursando un embarazo de 3 ½ meses, que coincide con el examen ecográfico de un embarazo de 16 semanas de características normales. Por lo tanto Sr. Director ante la intención de una probable interrupción de este embarazo, considero 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 esterilidad, los abortos espontáneos y el embarazo ectópico son las complicaciones graves a largo plazo más usuales. La muerte del feto no se valora en los estudios revisados” (negrita y subrayada me pertenecen”).

Con los antecedentes señalados respecto a la salud y riesgo señalado por la recurrente, no puede 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 suicida resultante de la evaluación realizada por el Departamento de Salud Mental del presente Nosocomio, también en caso de practicarse la interrupción del embarazo “...si existe riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación conforme lo expresa el informe 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 psicoindividual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto...”.

Frente a la conclusión contrapone la recurrente la afirmación contraria que dicha evitación es imposible, que nadie puede desestimar la posibilidad del pasaje a la ideación suicida como que ningún profesional 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 insuficiente, el Comité de Bioética por una parte también dictamina que la interrupción del embarazo constituye un riesgo en la vida de la madre y la sentencia destaca a fs.164vta. las conclusiones del Comité, los que se destacan en el balance; que existe la posibilidad de resguardar dos de los tres valores y la vida del nasciturus, que no es posible resguardar la salud psíquica de la madre ya dañada por el abuso sexual y violación, pero sí de no causar mayor daño por las secuelas psíquicas del aborto. De los tres valores éticos a proteger priman los dos primeros y se intenta no agravar al tercero (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 consideran (art.268 Ley XIII N° 5 – Anexo Ley 2203 – del Digesto Jurídico). Ello, los principios señalados respecto al resguardo de la vida, cuyas valoraciones respecto al nasciturus formaron parte de la sentencia, como asimismo de consecuente aplicación en lo concluyen los médicos, 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 República 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 alternativa a la cominación penal.

La objeción no se ajusta a derecho, porque 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 internacional vigente con respecto a dicho Estado. Valga en consecuencia 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 abundamiento: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

No puede sostenerse la omisión en la valoración del interés superior del niño, que el mismo reconoce se funda con la especialista de la materia Cecilia Grosman que sirve como herramienta para determinar en cada caso en particular los derechos de la persona afectada. Sostiene que solo se dedica a afirmar, sin dar el contenido.

La alegación debe ser desestimada, encontrándose ya analizado que la sentencia receptó las conclusiones del Comité de Bioética, que señalaron los derechos preservados, la vida del nasciturus y el riesgo de vida de la madre frente a una eventual realización de un aborto, cuestiones que no resultaron contestadas por la agravada.

Se rechaza asimismo el apartamiento como infundado de las conclusiones del Equipo Técnico Interdisciplinario, 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 niña, 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 protección dispuestas por la recurrente, en cuanto resultan invasivas de la persona y grupo familiar y vulneración del derecho de la adolescente a decidir sobre su salud, sin oír a la niña A., así como a la elección de los profesionales de confianza, como que obstaculizan el libre ejercicio de sus derechos, conllevan la evaluación concordante de la Asesora de Familia, remitiendo 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, entendiendo 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 arbitraria de la vida privada de A. y su familia, advirtiéndole que por los respuestas a las medidas ordenadas a las entidades asistenciales, argumentaron lo perjudicial 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 incluida en un tratamiento psicológico que hiciera el SAV, quien actualmente continúa con el tratamiento, sin perjuicio de que ya se encuentra bajo el tratamiento de la Lic. Mamaní, conforme lo informado en autos. Oponerle asimismo su dictamen 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 petitionada por Sra. Asesora de Familia.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar el punto 1 de la parte resolutive de la sentencia de fs.153/159vta. y revocar parcialmente las medidas de los

puntos 2, 4, 5, 6 y 7 de la misma, con los alcances que se dejan expuestos en el considerando respectivo 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 desempeño profesional allí señaladas, de igual modo en esta Alzada, propongo la regulación de honorarios de la Dra. Sandra Elizabeth Griffi, en la suma de \$ 420 y los conjuntos de los Dres. Helio Guillermo Alvarez y María Candela Recio, 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 resolutive de la sentencia de fs. 153/169
  
- 2) Revocar parcialmente las medidas de los puntos 2,4,5,6 y 7 de la parte resolutive 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. Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420) y a los Dres. Helio Guillermo Alvarez y Maria Candela Recio conjuntamente en la suma de pesos cuatrocientos veinte (\$420).

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO DE 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS