

017/2010

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2.010.-

AUTOS Y VISTOS

Estos autos caratulados "F. A. Luisa s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N° 17/2.010, que tramitan por ante este Juzgado de Familia N° 3, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Secretaría única;

RESULTA

Que a fs. 17/18vta. se presenta la Sra. A.L.F., en representación de su hija menor de edad A.G., con el patrocinio de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli. Solicita habilitación de feria judicial y promueve medida autosatisfactiva, con el objeto que se le otorgue autorización para que el Hospital Zonal de esta ciudad, interrumpa el embarazo de su hija XXXX, víctima de una violación. Peticiona que en forma previa a la interrupción, se le realicen los estudios médicos necesarios para determinar que la práctica pueda llevarse a cabo según las reglas de la lex artis y se autorice la concurrencia de médico forense para garantizar la preservación del producto de la gestación en recipiente cerrado estéril, a fin de salvaguardar la prueba de cargo a presentarse en los autos "XXXX/ DCIA. ABUSO SEXUAL R/V HIJA MENOR", CASO 25661. Relata hechos, ofrece prueba, funda en derecho y peticiona.-

A fs. 19/20 la Sra. Juez de Feria, Dra. Mabel Clara González de Romero, da curso a la acción, disponiendo medidas informativas al Ministerio Público Fiscal, Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD) y Comité de Bioética del Hospital Regional, intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) y Cuerpo Médico Forense. Que en la misma presentación se corre vista a la Sra. Asesora de Familia e Incapaces y traslado al progenitor biológico de la joven A.G. y se designa tutor ad litem para esta última, recayendo tal designación en la Dra. María Candela Recio, abogada adjunta de la Oficina de la Defensa Pública.-

A fs.22, toma participación la Sra. Asesora de Familia e Incapaces subrogante en Feria, Dra. Nora Liliana Bando.-

A fs. 25 vta. se notifica personalmente en autos el Sr. XXXX, progenitor de XXXX, retirando copia de traslado, quedando el mismo incontestado, no compareciendo el nombrado al proceso.-

A fs. 27 y 92 obran informes N° 125/2010 y 173/ 2010, acompañados por las profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario, Lic. Elsa Graciela Alvarez y Mónica Diaz.-

A fs. 38 se mantiene audiencia con la joven XXXX, a tenor del art. 12 CDN, con la presencia de la tutora ad litem designada, la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, Dra. María Isabel Diaz de Fajardo y la Lic. Mónica Diaz, del E.T.I..-

A fs. 40/41, 80/81 y 90 obra contestación de oficios N° 41/2.010 y reiteratorios N° 69/2.010 y 107/2.010 por parte del Director del Hospital Regional, Dr. Alberto J. Diaz Legaspe.-

A fs. 42 se presenta la joven A.G., designando como sus defensores a los Dres. Helio Guillermo Alvarez y a la Dra. María Candela Recio, y solicita se deje sin efecto la designación como tutora ad litem de ésta última, dada la edad de la peticionante. Proveída favorablemente la presentación, a fs. 50 se designa a los letrados presentantes como “abogados del niño” a tenor del art. 27 inc. c de la Ley 26.061, dejando sin efecto la designación como tutor ad litem inicialmente dispuesta.-

A fs. 46 presenta dictamen el Dr. Calixto Gonzalez, perito del Cuerpo Médico Forense.-

A fs. 49 la Sra. Asesora de Familia solicita se designe tutor ad litem al nasciturus, proveyéndose favorablemente su presentación a fs. 50.-

A fs. 66 obra nota N° 51/2010, del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito.-

A fs. 68 obra certificado de nacimiento de A.G..-

A fs.72/79 toma participación la Dra. María Andrea Caleri, en carácter de tutora ad litem del nasciturus, con el patrocinio de la Dra. Verónica Andrea Roldán. Ofrece prueba y solicita el rechazo de la petición de la actora, exponiendo los argumentos en apoyo de su posición.-

A fs. 82/83 obra contestación de Oficio N° 70/10 por parte del Dpto. de Salud Mental del Hospital Regional, con evaluación psiquiátrica y psicológica de la adolescente A.G..-

A fs. 88/89, 97 y 98 se sustancia y resuelve recurso de reposición planteado por los abogados del niño en relación a prueba ofrecida por la tutora ad litem del nasciturus.-

A fs. 96 la Sra. Asesora de Familia e Incapaces y a fs. 97 vta. pto. III, la tutora ad litem del nasciturus solicitan medidas de protección, proveyéndose las presentaciones en fs. 98/vta.-

A fs. 101/104 obra copia certificada de ecografía agregada en original a los autos "XXXX/ DCIA. ABUSO SEXUAL R/V HIJA MENOR", CASO 25661.

A fs. 114/123 la joven A.G. con patrocinio de sus abogados designados, solicita se dicte sentencia y alega en defensa de su posición.-

A fs. 124/144 el Director del Hospital Regional acompaña dictamen del Comité de Bioética Ad Hoc.-

A fs. 145 se corre vista a la Sra. Asesora de Familia, quien contesta la misma a fs. 146/151.-

Que se encuentra la causa en estado de dictar sentencia.

CONSIDERANDO

I- Que se presenta la Sra. A.L.F., en representación de su hija A.G., promueve medida autosatisfactiva y solicita autorización judicial para que el Hospital Zonal de esta ciudad interrumpa el embarazo de su hija.- Funda su pedido en lo normado por el art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal por entender que cumple con los requisitos tipificados en la norma, que se refiere al aborto terapéutico, ya que de continuar con el embarazo se pondría en riesgo la salud psíquica de la niña, porque se trata de un embarazo que proviene de una violación. En el relato de los hechos expresa que el día 3 de diciembre de 2009 realizó en representación de su hija XXXX una denuncia de abuso sexual por ante el Ministerio Público Fiscal contra su esposo, XXXX, la que tramita en los autos "F. A. L. S/ DCIA. ABUSO SEXUAL R/V HIJA MENOR", CASO 25661. Refiere que el día 9 de noviembre del año 2.009 fue a Buenos Aires con su hijo XXXX a control médico debido a su discapacidad auditiva, y regresó a su casa el día 14 de noviembre de 2.009 a las 21:30 hs. Que debido a que es madre de diez hijos, de los cuales seis son menores de edad, XXXX y XXXX de diez años, XXXX y XXXX de cuatro años, XXXX de 15 años, XXXX de 13 años, XXXX de 22 años y XXXX de 21 años, éstos dos últimos viven con su padre en Las Heras, y XXXX y XXXX , de 28 años y 26 años respectivamente, las cuales ya están casadas, tuvo que dejarlos al cuidado de su madre XXXX y de su esposo XXXX. Que el 2 de diciembre de 2.009 mientras iba con su hija XXXX al supermercado, ésta le manifestó que quería ver a una psicóloga y al preguntarle la razón de ello, le respondió si recordaba el problema que había tenido con XXXX a los 11 años, que la había manoseado en la vagina. Que en ese momento su hija le cuenta que el día 13 de noviembre del año 2009, a la noche, cuando todos dormían, XXXX fue a la cama de ella, que estaba durmiendo en la habitación con sus hermanas XXXX y XXXX y que el nombrado la penetró y eyaculó, detallando en su memorial los pormenores del hecho a

los que me remito. Dice que XXXX tuvo mucho miedo de gritar por las represalias de XXXX hacia su abuela, ya que es Suboficial Mayor de la Policía del Chubut, con prestación en la Alcaldía local y tiene el arma reglamentaria en la casa y que es violento. Que por orden del Ministerio Público Fiscal se le realizaron varios análisis, tanto psicológicos como ginecológicos, dando como resultado un embarazo que lleva 8 semanas de gestación aproximadamente. Refiere que el denunciado ha ejercido violencia también con la dicente, que actualmente su situación económica es crítica, dado que XXXX no ha aportado dinero alguno. Expresa que antes de ese penoso episodio era una niña con muchos sueños y que ahora solo mira, llora y le pide que la ayude.- Cita doctrina y jurisprudencia.-

Que la joven A.G. ha tomado participación en autos, por su propio derecho, designando abogado del niño en los términos del art. 27 inc. c de la ley 26.061 y manifestado a través de las presentaciones de fs. 88/89 que conoce cuales son las alternativas frente a este embarazo no deseado y que no significa que sean opciones para ella, no aceptando otra opción que la de interrumpir su embarazo. Por su parte, habiéndose dado cumplimiento al art. 12 de la CDN, la adolescente fue oída por la suscripta en audiencia, en presencia de la Sra. Asesora de Familia, de su por entonces tutora ad litem y de la representante del ETI, manifestando en dicha oportunidad que "le han informado las alternativas que existen de tener al bebé con ella o darlo en adopción o no tenerlo. Refiere que no quiere tener al bebé porque ella tiene proyectos en su vida, como terminar de estudiar y ser alguien en su vida y piensa que ésta situación se lo va a impedir. Manifiesta que en este momento no puede pensar otra opción, pero que estaría dispuesta a recibir ayuda psicológica y psiquiátrica para poder evitar la angustia que ella siente y para que la ayuden a pensar. Que habló con su mamá, sus hermanos y su papá respecto a la posibilidad de que se rechace la interrupción del embarazo, manifestándole su mamá que si nace el bebé la ayudará a criarlo...". Que asimismo ha efectuado consideraciones que hacen a su derecho en fs. 114/123.-

Que a su turno, la representante del nasciturus solicita el rechazo de la medida autosatisfactiva incoada, exponiendo los fundamentos de hecho y derecho que hacen a su posición, cita doctrina y jurisprudencia y efectúa demás manifestaciones a las que remito breviter causae y tengo presente para resolver.-

Que en autos obra la siguiente prueba documental: copias certificadas del Expte. "F.A.L. S/ DCIA. ABUSO SEXUAL R/V HIJA MENOR", CASO 25661, según el siguiente detalle: fs. 1 denuncia realizada por ante Ministerio Público Fiscal, fs. 2, certificado médico policial, fs.3, registro de evaluación de la joven A.G., Colegio 731 "Gran Malvinas", fs. 4, acta de intervención policial, fs. 5 acta de audiencia con la Sra. A.L.F., fs. 6 certificado de matrimonio xxxx-xxxx, fs. 7 copia simple certificado de nacimiento de A.G. -

acompañado su original a fs. 68-, fs. 8/9 informe N°1336/09 del ETI, fs. 10 Acta de audiencia de control de detención del imputado XXXX, Magistrado Dra. Margarita Pfister, fs. 11 certificado médico Dr. Perez Cerra, fs. 12/13 copia D.N.I. de XXXX, fs. 14/15 copia de ecografía -en copia certificada obrante a fs. 101/104.-

II- En forma previa a tratar el fondo de la cuestión, estimo necesario efectuar algunas precisiones sobre la vía procesal elegida. La accionante ha promovido medida autosatisfactiva, sin perjuicio de lo cual, a poco que se analice el objeto de la misma, autorización para realizar un aborto, el procedimiento usual de las medidas cautelares para la apreciación de la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, se desdibuja y en consecuencia, teniendo en cuenta que el objeto de la cautelar podría afectar gravemente derechos fundamentales de raigambre constitucional, es necesario implementar un procedimiento sencillo que, con la mayor celeridad posible, respete el derecho de defensa de aquéllos que pudieran verse afectados por la medida y que, por su objeto aparece como atípico. Aclarado este punto, vemos que el tema de las autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y también eutanásicas ha sido tratado por la doctrina. Al respecto, se señala que la primera premisa a tener en cuenta es que las autorizaciones judiciales carecen de regulación normativa en el orden jurídico nacional. La carencia apuntada implica que no existe un régimen legal que consagre a estas “autorizaciones” como institución de Derecho, que establezca un procedimiento determinado para procurar obtenerlas, que indique cuál es el magistrado competente para otorgarlas, que puntualice bajo qué condiciones o requisitos, o en qué supuestos resultan procedentes, quiénes pueden o deben ser parte en la clase de trámite que se siga, en fin, qué vías recursivas existen contra las resoluciones dictadas, etc.. (Gabriel D. Jarque, Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas, Jurisprudencia Argentina 2001-III, pág. 853). El propio Bidart Campos, a propósito de la autorización judicial para interrumpir un embarazo fundado en el art. 86 inc. 1 y 2, ha dicho que a su respecto se puede formular el siguiente dilema “...o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica.” (El Derecho, t. 114, pág. 183) y la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, por su parte, - autos C.P. d. P., A.K.de fecha 27/06/2.005- resolvió que no era necesaria una autorización judicial para que se practicase un aborto voluntario cuando se verificase que corría peligro la vida de la mujer embarazada en virtud de lo dispuesto por el art.86 del Cód. Penal - en el caso la madre portaba entre otras patologías una miocardiopatía dilatada

con deterioro severo de la función ventricular. En estos casos, no se requiere autorización judicial, y tal decisión depende del criterio médico y del consentimiento de la mujer encinta o de su representante legal según el caso.-

Más allá que esta posición habilitaría entonces a un rechazo de la acción -incluso in limine- o bien a un pronunciamiento en igual sentido, esto es, dejar al exclusivo criterio médico la decisión de si corresponde o no la práctica, estimo que en el presente, habiéndose dado curso inicial a la acción, encontrándose como ya dijera, en juego derechos fundamentales de raigambre constitucional de dos personas menores de edad, como la vida y la salud, y siendo éste un fuero especializado en niñez, adolescencia y familia y a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y el art. 25 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el derecho que toda persona tiene a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia Convención, no eludiré el tratamiento de la cuestión, por considerar que debe darse una respuesta frente al reclamo judicial concreto.-

En consonancia con esta postura, Jarque, en la obra citada ut supra, expresa que pese a las posturas ya expuestas, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación - en un fallo en el que se solicitaba autorización para interrumpir el embarazo, por padecer la criatura de un cuadro de anencefalia, "T.S. v. Gobierno de la Provincia de Bs.As- ha reconocido la existencia, validez y efectos de las autorizaciones judiciales, señalando que la tales prácticas tienen virtualidad suficiente para lograr el efecto que persiguen, cual es la de eximir de responsabilidad a quien, en términos penales, correspondería imputársela.

Por su parte, la jurisprudencia local a través de la Excma. Cámara de Apelaciones de esta ciudad, ha citado en diversas oportunidades, la directriz sentada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 324:122)

En función de lo dicho entonces, procederé a efectuar un análisis de los derechos a la vida y a la salud invocados en el presente, para posteriormente pasar al análisis del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal en que se funda la accionante.-

La Constitución Nacional de 1853 no consagró explícitamente entre las garantías que reconoce, el derecho a la vida, pero es indudable que su fundamento constitucional - presente en los antecedentes anteriores a su dictado- se halla enmarcado en el ámbito de los derechos implícitos que establece el art. 33, pues sin vida no existe hombre y, por tanto, más que un derecho constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto inseparable de su existencia. (Badeni, Gregorio, El derecho constitucional a la vida, en el Derecho a nacer, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, ps.29 y ss. Citado por Weinberg, Inés M., Convención de los Derechos del Niño, Ed.Rubinzal Culzoni, comentario de María Isabel Benavente, pág. 72 y sgtes.-).-

Con la reforma a la Constitución de 1994, el derecho a la vida y a la salud han sido receptados expresamente en los diversos instrumentos internacionales enunciados en el art. 75 inc. 22.-

Así, encontramos disposiciones específicas sobre el derecho a la vida en el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

El derecho a la salud, por su parte, se encuentra expresamente reconocido y tutelado en el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 10 h., 11.1.e y f-, 11.2, 12, 14 b y c. y 16 e) Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y 5 e. IV), Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial. Expresamente en la Constitución Nacional encontramos referencias al derecho a la salud, en los art. 41 y 42, el primero relacionados con el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los consumidores a la protección de su salud, respectivamente.-

La Constitución de la Provincia del Chubut, en su art. 18 establece: "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 respeto y protección es deber de los Poderes Públicos y la comunidad. 2°. A la protección de la salud..."

A su turno la ley III-N°21 reconoce el derecho a la vida y a la salud, en sus art. 9 a 12, estableciendo en el primero de ellos que “los niños y los adolescentes tienen derecho a la vida, a su protección y a la atención integral de la salud, mediante la realización de políticas públicas que permitan el nacimiento y el desarrollo pleno en condiciones dignas de existencia”(art.9) y “los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento y su rehabilitación. El estado asegurará la plena aplicación de este derecho y adoptará las medidas apropiadas para: ...inc. d) garantizar a la mujer embarazada la atención prenatal, perinatal y posnatal, así como a ella y al lactante el apoyo nutricional, psicológico, social y la asistencia médica adecuada;...”.-

Finalmente, la Ley 26.061 de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes consagra el derecho a la vida en su art. 8 “DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida” y en su art.14 se reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a “la atención integral de su salud, a recibir asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.-

En este punto del análisis, me interesa precisar que estos derechos a la vida y la salud son reconocidos a todas las “personas”, sean mayores de edad o niñas, niños o adolescentes o por nacer, sin distinción alguna.-

Me referiré a ésta última en los párrafos que siguen. El art. 63 del C.Civil define el concepto de personas por nacer “las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. La disposición del presente artículo, inspirado en Freitas y en el Código prusiano, concordante con la del art. 70, establece de modo explícito que la existencia jurídica de la persona humana comienza desde la concepción en el seno materno. El régimen jurídico del nasciturus implica una previa valoración del concebido como ser humano. Conforme las disposiciones de los arts. 63 y 70 de nuestra legislación civil, 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, resultando irrelevante que la fecundación se haya producido in corpore (en el claustro materno) o in vitro (fecundación extracorpórea o ectogénica). Vélez Sársfield, siguiendo a Freitas, define al concebido como “persona por nacer”, para reiterar en el art.70 que la existencia de la persona comienza: “...desde la concepción en el seno materno”, por eso y en virtud de este criterio, nuestro Código Civil reconoce en el nasciturus, en homenaje a su condición de ser humano, la categoría formal de sujeto de derecho, con las limitaciones propias de su estado. En suma, 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, reconociéndole por tanto el status jurídico de persona, no obstante no haber nacido. (conf. Banchio, Cód. Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, 3ra.reimpresión, ed. hammurabi, pág.504 y sgtes.)-

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece en su art. 1 que, a los efectos de la misma, se entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”, y en su art. 6, dispone que los Estados Partes “reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (inc. 1) y “los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (inc. 2).-

Corresponde destacar que, conforme enseña Weinberg en la obra citada (pág. 73/73 vta.), la ley nacional 23.849, que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, procuró armonizar los términos de esta disposición con otras normas de la fuente interna. En el art. 2 de la Reserva y Declaraciones de la República Argentina se dispuso que “con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Señala que al incorporarse con la reforma constitucional de 1994, la Convención al texto de la Ley Fundamental, en el artículo 75, inc. 22, estableció que tiene jerarquía constitucional “en los términos de su vigencia”, expresión que conforme lo ha interpretado el más alto tribunal de la Nación, significa “tal como efectivamente rige en el ámbito internacional”, razón por la cual se impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones interpretativas incluídas por nuestro país al ratificarla. Vale decir, para la República Argentina se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción”. Agrega la citada que idéntica norma se reitera en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica, incorporada junto a los otros tratados sobre derechos humanos a la Constitución Nacional, el cual contiene pautas para interpretar qué se entiende por persona. En su art. 1, inc. 2 establece que “...persona es todo ser humano”, añadiendo que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art.3), a que se respete su vida (...) a partir del momento de su concepción” (art. 4 inc. 1), como así también “su integridad física, psíquica y moral” (art. 5 inc. 1). Además todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19).-

La autora comenta también alguna duda suscitada en relación al art. 75 inc. 23 Const. Nacional que se refiere al régimen de seguridad social especial e integral en la

protección del niño, el que declara que la tutela se extiende desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Esta cláusula, explica, se refiere en forma imprecisa, a la protección que el Estado debe prestar en un asunto concreto y específico: la seguridad social y si bien no establece a partir de qué período del embarazo ha de comenzar la tutela, es obvio que aludir al estado de gravidez contempla las necesidades del binomio madre-hijo, esquema que en modo alguno pretende modificar o explicar los alcances de la CDN que específicamente se refieren al comienzo de la existencia de la persona. Es claro dice, que más allá de su defectuosa redacción, el artículo 75 inc. 23 abarca un ámbito distinto del que caracteriza la Convención mencionada y no interfiere en la interpretación de ésta. Finalmente, respecto a qué debe entenderse por concepción, concluye que para nuestro país, respecto de la Convención de los Derechos del Niño, aplicable en todos los términos de su vigencia, niño es toda persona concebida fuera o dentro del seno materno a partir del momento en que se produce la fusión cromosómica de los gametos maternos y paternos -singamia- y es a partir de allí que comienza la tutela de los derechos establecidos por aquélla.-

Finalmente, al comentar el art. 6 de la CDN, Weinberg, obra citada, dice textualmente “es claro que el elenco de garantías que se reconocen en la Convención, tutelan al menor desde la concepción misma, al menos para nuestra legislación que la aprobó “en los términos de su vigencia”, vale decir “tal como efectivamente rige en el ámbito internacional”. La primera de ellas es, sin duda, el derecho a nacer y a que el proceso de desarrollo no sea interrumpido voluntariamente y en forma arbitraria en ninguno de sus tramos, pues ésta es la prerrogativa primordial sin la cual las restantes carecen de todo sentido. Si se cercena el derecho a la vida que es el bien central, se aniquilan simultáneamente todas las posibilidades humanas, ya que sin sujeto o titular no podría predicarse ninguna otra garantía...” “... Para la Convención el niño “por nacer” es sujeto autónomo de derechos, distinto de su madre, aun que necesite de ésta para desarrollarse...”, “...sólo cabe reafirmar que el derecho intrínseco a la vida que la Convención reconoce al niño es un derecho humano fundamental, que le corresponde por el sólo hecho de pertenecer al género humano y que debe ser preservado desde los orígenes y durante toda la vida, no sólo hasta que alcance la mayoría de edad...”.-

A esta altura del análisis, queda claro entonces, a tenor de lo expuesto, que el derecho a la vida goza de protección constitucional, que los estados deben adoptar todas las medidas necesarias para dar protección efectiva a este derecho y que en el caso de autos, se reconocen iguales derechos, por su condición de personas y sujetos de derecho, a la madre como al nasciturus, es decir, a la niña A.G. y a la persona por nacer que lleva en su vientre.-

Es entonces cuando, siendo que por un lado la madre adolescente reclama por la preservación de su salud psíquica, y que el nasciturus, a través de su representante, reclama su derecho a nacer y vivir, deviene evidente la existencia de un conflicto o colisión de derechos fundamentales de raigambre constitucional. Gil Dominguez, Marisa Herrera y Victoria Famá, se refieren a este tema, y si bien lo hacen respecto al derecho de intimidad reconocido en el art. 19 CN y el reconocimiento de los derechos de las personas individuales que conforman una familia y el interés superior del niño, resultan de utilidad las conclusiones que allí se vierten. Al respecto afirman que, frente a la colisión de derechos fundamentales, la solución estará dada por la prevalencia de aquél derecho que, bajo ciertas circunstancias de hecho, tenga un mayor peso. En este sentido, Robert Alexy enseña que cuando dos principios entran en colisión uno de ellos tiene que ceder ante el otro, sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Es decir que el punto neurálgico de la labor judicial residirá en la ponderación o evaluación del “peso” de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan (Andrés Gil Dominguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Ed. Ediar, pág. 522/528).-

Efectuada esta breve reseña, estimo que el punto central del debate consiste en el presente, en determinar si la autorización que se solicita, encuadra en alguno de los dos incisos que prevé el art. 86, C.Penal, a cuyo análisis procedo a continuación.-

La norma citada, en su segundo párrafo dice textualmente “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° Si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.-

En su segundo inciso contempla el llamado aborto eugenésico. Por ley 23.077 volvió a tener vigencia el texto de la ley 11.729 (Código de 1.922) y al respecto enseña la doctrina que la fórmula actual se refiere a una violación sobre la mujer idiota o demente. Si bien se acepta esta interpretación, en el período anterior de vigencia se discutió largamente si la estipulación era siempre para la mujer idiota o demente, o sea, una violación o un atentado al pudor de la enferma, o si hablaba de cualquier violación, aún

el de una mujer normal. Ambas tesis esgrimieron argumentos (la cuestión de la falta de coma en el texto, etc.) y así, para quienes no referían exclusivamente a la mujer idiota o demente, es decir, para quienes entendían que violación eran todas las hipótesis de este delito (art. 119 y 122) incluso todas las que no se refieren a mujer idiota o demente, para lo cual estaba la parte segunda de la frase, la inexistencia de coma que separase ambos contextos, tenía poca importancia. Se trataba del aborto sentimental (violación de una mujer normal) y el eugenésico (violación cometida contra la mujer idiota o demente). En la primera posición estaba Ramos, Jimenez de Asúa, Molinario, Soler y Fontán Balestra. En la segunda, Nuñez y Lopez Lastra, entre otros. Actualmente, Creus sostiene, sobre la fórmula repuesta, que el texto se refiere a mujer idiota o demente, exclusivamente. Finalmente, la ley 21.338 requería para que el aborto realizado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer, no fuera punible, que se hubiere iniciado la respectiva acción penal por violación. Esto se refería a la mujer "normal", dado que se permitía el aborto sentimental, pero actualmente esta permisión y exigencia desaparecen en el texto actual del código (conf. Omar Breglia Arias, Omar R. Gauna, Código Penal y leyes complementarias, 5ta. Edición actualizada, Ed. Astrea, en comentario al art. 86).-

Delimitado el marco normativo del inc. 2, entiendo no resulta aquí aplicable por cuanto en el caso de la joven XXXX, no se reúnen las condiciones de excepción previstas en la norma ya que si bien se alega una violación, -y se ha iniciado la causa penal por tal delito, encontrándose conforme constancia de fs. 10 en etapa de investigación-, no hay elementos de juicio en el expediente que permitan suponer que se trata en el caso de una mujer "idiota" o "demente", por el contrario, el informe del ETI de fs. 27 refiere a una adolescente con desarrollo evolutivo acorde a la edad, buen potencial intelectual, capacidad para utilizar el lenguaje, sin indicios de patología psicológica de base, alteración del pensamiento trastornos senso perceptivos y la evolución psicológica y psiquiátrica obrante en fs. 82 expresa "la entrevistada se muestra lúcida, orientada en tiempo y espacio, sin alteraciones de la sensopercepción ni del pensamiento al momento de la entrevista efectuada".-

Despejado el primer inciso entonces, me detendré en el inc. 1 por ser el que mayor discrepancia genera. Dicen los autores en la obra que cito ut supra que en el art. 1 del art. 86, aparece como expresamente justificada la actividad del médico que practique un aborto cuando haya un peligro inevitable para la vida de la madre. Si bien es de la misma naturaleza (el derecho de necesidad) lo que sustenta este art. 86 inc. 1, no hay exacta identidad entre estado o derecho de necesidad y la norma tratada. El art. 86 inc. 1° tiene resuelta de antemano la cuestión de la elección de bienes en conflicto cuyo valor cabría ponderar según el art. 34 inc. 3°. Así, aquél da primacía a la vida y aún a la salud de la madre, sobre la vida del feto. La segunda es que no se requiere que el mal o

el peligro sean inminentes y en tercer lugar, el necesitado tiene que ser un médico diplomado. Con esto se rechazan las críticas que hacen algunos por considerar que la norma es sobreabundante por superponerse con el "estado de necesidad". Finalmente, la mujer tiene que haber dado el consentimiento. Ahora bien, la norma también agrega otra exigencia: "...y SI ESTE PELIGRO NO PUEDE SER EVITADO POR OTROS MEDIOS" .-

Creo sinceramente que, en el análisis de este supuesto, radica el meollo de la cuestión que debo resolver y que, cuando se trata de la salud física la cuestión se presenta más clara y determinante -como los casos que ya he nombrado ut supra de anencefalia del feto o cardiopatía severa de la madre- que en los casos en que se invocan cuestiones de salud psíquica.-

Recordemos que no estamos ante un hecho ya ocurrido de aborto provocado en la persona de XXXX, sino de un pedido de autorización para la práctica abortiva en la persona de la joven, por alegarse que se encuentra en peligro su salud psíquica incluso con riesgo para su vida, dadas las conductas de autoagresión y tendencia suicida de la misma.-

En el presente, tengo por acreditado el embarazo de la joven (con los certificados médicos y ecografías obrantes en fs. 11, 46, 101/104 y 127/128), la afectación y daño en la salud psíquica de la adolescente, y el efecto traumático que ha provocado la situación de abuso reiterado y violación en su persona, y su profundización con el embarazo no deseado, pero también tengo la convicción que el aborto solicitado no contribuirá a la recuperación de su salud, sino por el contrario, agravará aún más los efectos ya producidos en su salud psíquica, agregando el riesgo que una intervención quirúrgica de esta naturaleza podría provocar en su salud física, riesgos que incluso podrían significar su propia muerte.-

El análisis de los informes médicos obrantes en la causa me permiten llegar a tales conclusiones.-

En primer lugar, las primeras observaciones diagnósticas, a través de informe de fs. 8 y 9 expresan "...La expresión de los afectos y emociones, se encuentra restringida, rasgo de personalidad que sería estable pero que en estos momentos se encuentra potenciado. La angustia, dolor, son minimizados en su manifestación para evitar el sufrimiento de su progenitora, a quien visualiza excedida por todo lo que está viviendo. A pesar de este intento defensivo, la invaden sentimientos de impotencia, vergüenza, tristeza, enojo, miedo a la posible reacción agresiva de su padrastro, incertidumbre, desconcierto frente a un posible embarazo. Agobio porque se trata del padre de sus

hermanos pequeños. A lo que se suma las sensaciones de asco, suciedad, incomodidad que la invadieron en forma inmediato posterior a cada episodio abusivo. Transita un momento en el que las seguridades, tanto internas como las del entorno se muestran en crisis, haciendo un esfuerzo psicológico importante para conservar cierta estabilidad emocional, adoptando mecanismos defensivos rígidos, para evitar conectarse con lo traumático de la situación. En este aspecto el pronóstico es reservado en tanto dependerá entre otros aspectos de la confirmación o descarte por ejemplo del embarazo, de las capacidades de contención del entorno familiar, de sus recursos internos, de la posibilidad de apropiarse de asistencia terapéutica, etc. Este último aspecto fue indicado para la adolescente, y como espacio de orientación para la progenitora también”.-

El informe de fs. 27 expresa que “el impacto del ASI ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico. En este caso, debemos sumar el impacto producido por el embarazo, que complejiza enormemente la tarea reparatoria que la niña tiene que realizar. Así puede decirse que no existen en el presente caso opciones ideales de resolución. XXXX ha pasado por una situación traumática que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración cuyo curso no puede preverse de antemano. Sin embargo es necesario destacar que en el presente se evalúa que desde el punto de vista psicológico, la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida...”, y la evaluación efectuada inicialmente por los profesionales del Hospital Regional, Lic. Martelossi y Lic. Soria, a fs. 82 informa que “la paciente presenta sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violación sufridas desde los once años...” y sugieren “continuidad de tratamiento psicológico para acompañar a la niña en la elaboración del daño psíquico y emocional causado”(negrita y subrayados me pertenecen).-

La necesidad de tratamiento terapéutico para XXXX ya fue advertida inicialmente por los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito, remito a la lectura del informe obrante a fs. 66/vta. en la que se expresa “No obstante posteriormente a haberse brindado la asistencia victimológica en crisis correspondiente a XXXX y habiéndose registrado importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas es que se le informa del estado emocional de la hija a la Sra. XXXX solicitándole la urgente necesidad de consulta psiquiátrica/psicológica a fin de iniciar un tratamiento profundo y puntual en relación a la situación actual que vivencia”(el subrayado me pertenece).-

A estos diagnósticos, deben sumarse los estudios y dictamen elaborados y emitidos en conclusión, por el Comité de Bioética del Hospital Regional. Cabe aclarar que este Comité fue creado ad hoc, por Disposición N° 492 del Director del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, Dr. Alberto J. Diaz Legaspe, especialmente para analizar el particular caso de la adolescente A.G..-

En la evaluación psicológica de la embarazada, se remiten al informe que reseñara ut supra, realizado por los Lic. Soria y Martelossi y se acompaña a fs. 125/126 dictamen ampliatorio, suscripto por Horacio J. Martelossi, Lic. en Psicología, MP 0496, Valeria C. Astudillo, Lic. en Psicología, MP 0337, Gabriela A. Acuña, Lic. en Psicología MP 207 y Susana Martinug, Psicóloga, Jefa de Departamento de Salud Mental, MP 0038, del que pueden extraerse las siguientes conclusiones: "La adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Ante los dichos de la adolescente durante la entrevista efectuada respecto de la ideación suicida en caso de que el embarazo no sea interrumpido, como profesionales de la Salud Mental no podemos desestimar la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas; este criterio es aplicable independientemente de las características de personalidad, edad, sexo y/o cuadro psicopatológico que presentara cualquier sujeto...", "...en la actualidad el embarazo es vivido inconcientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no sea el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal. En el caso de continuar con el embarazo, la adolescente y su familia deberán elaborar la situación traumática que el mismo implica, al no ser deseado y ser producto de una relación sexual no consentida (violación) perpetrada por un miembro de la familia. Por ello se recomienda acompañamiento terapéutico familiar e individual permanente...".-

Por su parte, realizado el examen tocoginecológico, a fs. 127 obra en Anexo "c", ecografía realizada a la adolescente, de fecha 11 de febrero de 2010, por parte del Dr. Felipe Rodriguez, MP 1108 y a fs. 128, anexo "d", informe del Dr. Juan C. Pires, MP 583, Jefe de Departamento de Tocoginecología en el que se expresa: "Al examen físico encuentro que la paciente está cursando un embarazo de 3 ½ mes, que coincide con el estudio 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, más cuando está cursando un embarazo de características normales. ". Este mismo profesional informó a fs. 80 que el período límite de gestación para realizar la práctica solicitada es de diez semanas. -

Se acompaña además en el Anexo "e", bibliografía ilustrativa sobre las complicaciones médicas del aborto, cuyo resumen es el que transcribo, remitiendo a la lectura total del mismo dada su extensión: "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 pueden ser graves. Se realiza un análisis de diferentes publicaciones al respecto, para evidenciar las complicaciones más frecuentes y más graves. Muerte materna, perforación uterina, desgarros cervicales, enfermedad inflamatoria pélvica, embolia de líquido amniótico, disrupción, coagulación intravascular diseminada, cirugía no prevista, hemorragia que precisa transfusión, e infecciones se incluyen entre 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).-

Es sobre la base de la intervención de todos estos profesionales de la salud que he nombrado, y que pertenecen al nosocomio público, con más el análisis de los ya incorporados al expediente, provenientes del ETI y Cuerpo Médico Forense, que se expide el Comité de Bioética Ad Hoc, con un dictamen por demás claro y contundente, respondiendo a los interrogantes que le fueran expresamente formulados, emitiendo a continuación sus conclusiones, todo lo cual, por su importancia para esta resolución transcribo: "6- Respuesta a los puntos solicitados por V.S.: 1. El aborto en una niña menor de 15 años víctima de una violación: ¿ Puede ser practicado lícitamente? No, pues el caso planteado no encuadra en el inciso 2 del art. 86 C.P. por no tratarse A.G. de una persona demente o idiota, hecho confirmado en todas las evaluaciones psicológicas obrantes en el expediente y las realizadas por este nosocomio, a más de la ausencia de certificado de discapacidad que lo acredite.

2. Existencia de riesgo para la salud o vida de la madre. En caso de no practicarse aborto, si 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. 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 médico del Dr. Pires e informe del Médico Forense que asimila el riesgo a una intervención de una cirugía mayor.

3. Si la respuesta anterior fuera afirmativa: ¿puede evitarse por otros medios? Si, puede evitarse mediante apoyo psico-individual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto.

4. En caso afirmativo: ¿Cuáles son las indicaciones o alternativas médicas? Nos remitimos a la respuesta dada en el punto anterior.

5. ¿Hasta que período de gestación resulta posible practicar un aborto? Según lo expresa el informe del Dr. Pires obrante a fs. 80 el período límite para realizar la interrupción de un embarazo se considera en las 10 semanas de gestación.”

A continuación transcribo las CONCLUSIONES del Comité de Bioética Ad hoc: “De continuar el embarazo:

Existe riesgo para la vida de la madre, controlable por otros medios.

El daño psíquico ya padecido por la violación (y abuso sexual reiterado) no se corrige por la interrupción del embarazo.

De practicar el aborto:

Existe riesgo de complicaciones (por lo avanzado del embarazo) que hacen peligrar la vida de la embarazada.

Se agregaría un daño psíquico por el aborto.

En balance, concluimos que existe posibilidad de preservar dos de los tres valores a resguardar

La vida del nasciturus

La vida de la madre

No es posible restaurar 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.

POR TODO ELLO, ESTE COMITÉ RECOMIENDA LA NO INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN EL CASO PLANTEADO DE LA SRTA. A.G.” Fdo. Susana Martinug, Psicóloga, MP 0038 Jefa Dpto. Salud Mental, Dr. Juan Carlos Pires, Tocoginecología, MP 583 y María Inés Cosentino, Abogada, MP 877.-

Como dijera, los estudios médicos realizados y las conclusiones arribadas son concluyentes y permiten inferir que, no sólo el aborto solicitado no repara el daño ya causado, sino que es susceptible de provocar mayores daños en la embarazada, tanto en su salud física, por todas las complicaciones tanto a corto y largo plazo que se han

detallado, y por el estado gestacional del mismo, a cuyo respecto adviértase entonces que, el tiempo límite ya se encontraba excedido incluso, al presentar la petición de autorización, si tenemos en cuenta que del informe del forense de fs. 46 surge un embarazo de 12 semanas aproximadamente, y de la ecografía acompañada en copia certificada en fs. 102/103, de fecha 23 de diciembre de 2009 en la que ya a esa fecha se constataba un embarazo de aproximadamente 7,3 semanas con fecha probable de parto el día 08-08-2.010, es decir que la misma demanda fue presentada un mes después -22/1/2.010- contando XXXX con 11/12 semanas aproximadamente, de conformidad cargo de fs. 18 vta., lo que implica que desde el inicio y sin evaluar las demás complicaciones de las que aquí advierten los médicos, ya era médicamente desaconsejada.-

Efectúo una última consideración, en relación al interés superior del niño, -incorporado a través del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, acogido por el art. 6 de la ley III-N°21, definido en el art. 3 de la ley 26.061 y principio rector en todas las medidas concernientes a los niños- Cecilia Grosman ha dicho: "...el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, consituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño" (Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos...", citado por Andrés Gil Dominguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, pág.86)..

Es en este sentido y con esta pauta, que considero que en el caso de autos, el principio del interés superior del niño indica que debe actuar el sistema de salud y redes sociales necesarios, brindando el tratamiento psicológico y psiquiátrico adecuado, para contener y acompañar a la adolescente y grupo familiar en la situación traumática que atraviesa y al mismo tiempo preservar la vida del nasciturus.-

En suma, por las consideraciones precedentes, entiendo que el caso traído a mi conocimiento y decisión no encuadra en ninguno de los dos supuestos previstos en el art. 86 del Código Penal, sea en el inc. 2 por no tratarse de una mujer idiota o demente, sea en el inc. 1, porque no sólo el peligro de agravamiento de salud psíquica en la adolescente que se invoca, no puede considerarse como un daño autónomo, sino que es derivado de la situación de abuso reiterado y violación sufridas por la joven XXXX y

porque el peligro que se invoca para justificar el aborto puede ser evitado por otros medios, y en consecuencia corresponde el rechazo de la autorización solicitada.-

El propio ordenamiento legal vigente establece las medidas de protección para el caso de vulneración de derechos -art. 56 a 59 ley III-N°21- e incluso en casos extremos, brinda las herramientas para proceder en aquéllos casos en que la persona -cualquiera que sea el sujeto y por las causas que fueren- se encuentre en condiciones de alteración de sus facultades mentales tal, que su conducta pueda ser riesgosa para sí o para terceros (art. 482 C.C.). O acaso debe permitírsele sin más que concrete su acto? La pregunta se contesta por sí sola.-

Entiendo que si se concediera la autorización para la interrupción del embarazo, se violaría irremediablemente el derecho fundamental a la vida de la persona por nacer, jurídicamente reconocida en su personalidad por el ordenamiento 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 que 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), de asegurar al niño la protección y cuidados necesarios para su bienestar (art. 3.2 CDN) y en definitiva de adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención (art. 4) entre los cuales, en definitiva, se encuentran el derecho a la vida y la salud, como ya he expuesto anteriormente, optando por la realización de una práctica con inciertos resultados que además devendrían en la violación de idénticos derechos que asisten a la adolescente, agravando su situación de vulnerabilidad y riesgo.-

En la resolución de la presente, tengo en cuenta el dictamen evacuado por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, Dra. María Isabel Díaz de Fajardo, quien en representación promiscua de la adolescente y del nasciturus se ha expedido por el rechazo de la acción impetrada.-

Asimismo, cito por compartir los argumentos y conclusiones los autos "R.H.Y. s/ Acción de Amparo", de fecha 24 de Noviembre de 2003, Juzgado Correccional N°1 de Bahía Blanca, a cargo del Dr. José Luis Ares, y otros en que también se denegó autorización Causa 73261 "RLM s/ Denuncia", Tribunal de Menores N°5 de La Plata, P.M.B, Juzgado de 1ª. Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 7ma. Nominación de Rosario, de fecha 04/11/1987, publicado en La Ley 1988-E, 375.-

Por todo lo expuesto, en el conflicto de derechos fundamentales me inclino decididamente por la preeminencia del derecho a la vida, en la convicción que se

protege los derechos de ambos a vivir, y el derecho a la preservación de la salud psíquica de XXXX quien podría sufrir, a tenor de los dictámenes médicos ya evaluados, mayores perjuicios, en consecuencia, entiendo corresponde rechazar la autorización solicitada para la interrupción del embarazo en la persona de A.G..-

III- MEDIDAS DE PROTECCIÓN:

Teniendo en cuenta la resolución que antecede, y las facultades que me confiere la ley del fuero, Ley III-N°21 -antes ley 4347- encontrándose en juego derechos fundamentales de la adolescente A.G. y de la persona por nacer, estimo necesario disponer medidas de protección para la preservación de los derechos a la salud y a la vida de ambos.-

Antes de especificar las medidas, es menester detenerme un momento en la consideración del grupo familiar, atento que se dispondrán también medidas en relación al mismo. En efecto, el informe de la Psicóloga Graciela Alvarez, obrante en fs. 8/9 ha advertido respecto a la existencia de una dinámica vincular con aspectos disfuncionales.-

En efecto, no puedo pasar por alto que el citado informe da cuenta que la progenitora de la joven XXXX, Sra. A.L.F. se encontraba en conocimiento de la situación de abuso que sufría su hija desde los once años, como así también la abuela materna Sra. XXXX. El informe dice textualmente “cuando la adolescente contaba con 11 años, su progenitora trabajaba en el Casino desde las 20 hs., hasta las 5 de la mañana, XXXX, refiere ésta, habría empezado a manosearla: esto sucedía por las noches, previo a que ella se fuera a dormir. Se repitió en varias oportunidades hasta que un día en medio de una crisis de llanto, decidió contarle a la madre. Encontrándose presente también la abuela materna, la respuesta de la progenitora fue que tuviera paciencia que algo haría, hoy ella justifica la paralización materna en que se encontraba cursando el embarazo de los segundos hermanitos mellizos. Aunque no hubo ninguna acción concreta de la progenitora, esto habría provocado el cese de este comportamiento abusivo...”. Por otra parte el informe refiere “en este punto le cuenta a su hermana, XXXXX, quien le habría dicho, que algo se daba cuenta, por la manera en que se movía la cama (comparten una cucheta).-

El abuso sexual reiterado, es validado por los informes de psiquiatría y psicología del Hospital Regional a los que ya me referí antes y que dan cuenta de abuso sexual reiterado desde los once años.-

Estos elementos de juicio me permiten inferir que, de haber obrado la progenitora, desde el momento mismo en que tomó conocimiento, de acuerdo a los deberes que la

ley impone a los responsables del ejercicio de la patria potestad, preservando la integridad psico-física de su hija y resguardándola frente al agresor sexual, las lamentables consecuencias que al presente sufre la adolescente, podrían haberse evitado o al menos morigerado.-

Adviértase que la propia hermana de la víctima, según el informe, da cuenta de un estado de acostumbamiento a una situación de violencia, en la que seguramente en una familia funcional habría generado una reacción defensiva de su propia hermana ante la agresión sexual de su padrastro, por lo que se advierte sobre situaciones que podrían implicar vulneración de derechos de otros menores de edad.-

Por ello es que, el informe del ETI de fs. 92 debe necesariamente ser analizado bajo la lupa de estas situaciones que advierten sobre situaciones claramente disfuncionales y que permiten afirmar al menos que debe realizarse una evaluación más profunda de la interacción familiar y estado psicológico de todo el grupo conviviente, tanto más cuanto esta debe representar un apoyo fundamental en la situación actual que atraviesa XXXX.-

En refuerzo de lo dicho, adviértase que a pesar de ser advertida la progenitora de la necesidad de inclusión en tratamiento psicológico (fs. 66), por las profesionales del SAVD, según constancias de fs. 99 este tratamiento recién comenzaría el día 16 del corriente y que no se ha informado sobre turnos médicos clínicos de control del embarazo.-

Por ello, a tenor de estas consideraciones, teniendo en cuenta que la joven ha manifestado a fs. 88/89 que no concurrirá a otros profesionales que no sean de su confianza, se establecerá como primera medida la continuidad de la intervención de los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD) en la asistencia, contención y apoyo de la joven XXXX, quienes deberán reforzar la asistencia victimológica a la joven. A tal fin se libraré Oficio al Ministerio Público Fiscal solicitando se sirvan ordenar al SAVD la intervención dispuesta con especial atención a partir de la fecha de la presente, dados los antecedentes del caso.-

Se dispondrá la inclusión en tratamiento psicológico- psiquiátrico de A.G., con orientación a todo el grupo familiar conviviente, a cuyo fin se dará intervención al Hospital Regional- para que a través del Departamento de Salud Mental, Centro de Orientación al Adolescente, Servicio Social y Servicio de Tocoginecología, etc. se incluya a Alana y su grupo familiar conviviente en un programa de asistencia, contención y acompañamiento integral, adecuado a la problemática del caso, designando a tal fin un equipo de profesionales que en forma continua y permanente realicen tratamientos,

controles de acompañamiento efectivo y sostenido en el tiempo hasta la fecha que a criterio médico se produzca el parto, arbitrando para dicho momento, todos los medios adecuados y menos cruentos y eficientes que brinda la ciencia médica en resguardo de la salud psico-física materna y del por nacer.

Asimismo, hágase saber al Director del Nosocomio, que deberá designar acompañante terapéutico individual permanente para la joven A.G., pudiendo disponerse Trabajadores de Salud en Terreno y/o profesionales que a mejor criterio determine para la atención permanente del embarazo, debiendo para el caso de no contar con los mismos, efectuar las gestiones necesarias para su asignación por medio del Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut y/o Secretaría de Salud y/o Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia.-

A tal fin se libraré oficio al Hospital Regional de esta ciudad, debiendo informar a estos actuados los turnos asignados en el término de veinticuatro (24) horas, y posteriormente en forma quincenal, sobre el estado y evolución del tratamiento.-

A fin que evalúen al grupo familiar y determinen la dinámica vincular y capacidad de contención del grupo familiar para la joven XXXX, dadas las consideraciones precedentes, y asimismo, aborden la problemática familiar desde el punto de vista integral, líbrese oficio al Servicio de Protección de Derechos, dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia, debiendo actuar con la celeridad y urgencia que el caso amerita.-

Se libraré oficio a la Institución La Casa para que procedan a brindar tratamiento al grupo familiar dada la problemática de violencia familiar sufrida. A tal fin se libraré oficio, debiendo informar sobre las gestiones iniciales de su intervención en el término de veinticuatro (24) horas.-

Dese intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario para que realice seguimiento del caso e informe sobre su evolución en forma periódica. A tal fin líbrese oficio.-

Instese al Ministerio Público Pupilar a fin que efectúe seguimiento de la problemática familiar y promueva las acciones que estimare corresponder en beneficio de sus representados promiscuos, dadas las constancias de la causa (art. 59 C.C., art. 79 de la ley III-N°21, art. 21 ley V- N°90).-

IV- Las costas serán impuestas en el orden causado, dada la naturaleza del caso y como se resuelve la cuestión, a cuyo fin se procederá a regular honorarios conforme ley arancelaria (art. 69 y cctes. ley XIII-N°4).-

Por ello, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia citadas;

RESUELVO:

1) RECHAZAR la solicitud de autorización para la interrupción del embarazo de la joven A.G., D.N.I. 38.300.647, conforme considerando respectivo.-

2) Líbrese oficio al Ministerio Público Fiscal a fin se sirva disponer la continuidad del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD) respecto a la joven A.G., y su grupo familiar, reforzando la intervención dispuesta con especial atención a partir de la fecha de la presente, dados los antecedentes del caso.-

3) Disponer la inclusión en tratamiento psicológico- psiquiátrico de A.G., con orientación a todo el grupo familiar conviviente, a cuyo fin se dará intervención al Hospital Regional- para que a través del Departamento de Salud Mental, Centro de Orientación al Adolescente, Servicio Social y Servicio de Tocoginecología, etc. se incluya a XXXX y su grupo familiar conviviente en un programa de contención y acompañamiento, adecuado a la problemática del caso, designando a tal fin un equipo de profesionales que en forma continua y permanente realicen tratamientos, controles de acompañamiento efectivo y sostenido en el tiempo hasta la fecha que a criterio médico se produzca el parto, arbitrando para dicho momento, todos los medios adecuados y menos cruentos y eficientes que brinda la ciencia médica en resguardo de la salud psico-física materna y del por nacer. Asimismo, hágase saber al Director del Nosocomio, que deberá designar acompañante terapéutico individual permanente para la joven A.G., pudiendo disponerse Trabajadores de Salud en Terreno y/o profesionales que a mejor criterio determine para la atención permanente del embarazo, debiendo para el caso de no contar con los mismos, efectuar las gestiones necesarias para su asignación por medio del Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut y/o Secretaría de Salud. A tal fin se librá oficio, debiendo informar a estos actuados los turnos asignados en el término de veinticuatro (24) horas, y posteriormente en forma quincenal, sobre el estado y evolución del tratamiento.-

4) A fin que evalúen al grupo familiar y determinen la dinámica vincular y capacidad de contención del grupo familiar para la joven XXXX, dadas las consideraciones precedentes, y asimismo, aborden la problemática familiar desde el punto de vista integral, líbrese oficio al Servicio de Protección de Derechos, debiendo actuar con la celeridad y urgencia que el caso amerita e informar a estos actuados el resultado de su intervención en el término de dos (2) días.-

5) Se librará oficio a la Institución La Casa para que procedan a brindar tratamiento al grupo familiar dada la problemática de violencia familiar sufrida. A tal fin se librará oficio, debiendo actuar con la celeridad y urgencia que el caso amerita e informar a estos actuados el resultado de su intervención en el término de dos (2) días.-

6) Dese intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario para que realice seguimiento del caso e informe sobre su evolución en forma periódica. A tal fin líbrese oficio.-

7) Instese al Ministerio Público Pupilar a fin que efectúe seguimiento de la problemática familiar y promueva las acciones que estimare corresponder en beneficio de sus representados promiscuos, dadas la constancias de la causa (art. 59 C.C., art. 79 de la ley III-N°21, art. 21 ley V- N°90).-

8) Por Secretaría confecciónense los oficios. Habilítese día y hora para su diligenciamiento.- Expídase copia certificada de la presente.-

9) Imponer las costas en el orden causado. Valorando el asunto, complejidad, merituando la labor profesional realizada durante la etapa procesal, de acuerdo al resultado obtenido, calidad, eficacia extensión, celeridad impuesta y trascendencia para las partes en todos sus órdenes, regulo los honorarios profesionales de la Dra- Sandra Elizabeth Grilli, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS (\$1.200), los de los Dres. Helio Guillermo Alvarez y María Candela Recio, conjuntamente, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS (\$1.200), y los de las Dras. María Andrea Caleri y Verónica Andrea Roldán, conjuntamente, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS (\$1.200) (6 a 9, 20, 27,33,36,47 y 50 de la ley XIII, N° 4, antes Ley 2.200.-

10) REGÍSTRESE- NOTIFÍQUESE.-

Verónica Daniela ROBERT

JUEZ

REGISTRADA BAJO EL N° DE LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2010.-----

Daniela Fernanda GAITAN

SECRETARIA