

## ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 31 de julio de 2006, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Pettigiani, Kogan, Soria, Hitters, Roncoroni, Dominguez, Mahiques, Piombo, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo extraordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 98.830, "R.L.M. , 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'".

## ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirmó el fallo de primera instancia que no había hecho lugar al pedido de autorización para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor.

Se interpusieron, por la Asesora de Incapaces representante de la mencionada menor de edad, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

Oída la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

## CUESTIONES

1ra. ¿Es fundado el recurso de nulidad extraordinario?

En su caso:

2ra. ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

## VOTACION

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. Entendió la recurrente que el a quo en su fallo omitió tratar una cuestión esencial que fuera oportunamente propuesta y denunció en consecuencia la infracción al art. 168 de la Constitución provincial.

Dijo que el tribunal en su fallo soslayó la aplicación del plenamente vigente art. 86 inc. 2º del Código Penal "... sin justificar los motivos por los cuales se priva a la menor de la autorización legal que dicha norma establece y la somete a la previa venia judicial (que además se le niega) y que la ley no exige" (v. fs. 131).

2. El recurso no puede prosperar.

La Cámara luego de resaltar que pese a lo sostenido por la señora Asesora apelante existe a fs. 51 una expresa solicitud de parte de la madre de la menor a los fines de realizarse prácticas abortivas en la persona de su hija, concluyó (en resguardo del derecho a la vida del nasciturus y no infiriéndose la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la embarazada) en el rechazo de la autorización solicitada.

Dijo también que la situación de autos no guarda similitud con el resuelto por esta Corte en Ac. 95.464 desde que en ese precedente se analizó la hipótesis contemplada en el inciso primero del art. 86 del Código Penal -aborto terapéutico- mientras que en autos la alegación realizada por la recurrente se corresponde con aquella prevista en el inciso segundo de dicha norma.

Casi al concluir su fallo consideró abstracta toda resolución respecto de los reparos efectuados por la señora Agente Fiscal al mencionado 86 inc. 2º del Código represivo.

La breve síntesis que me permití realizar en torno de las motivaciones sobre las que se asienta la decisión impugnada, me persuade que la cuestión que se dice preterida fue deliberadamente excluida de consideración por los juzgadores, quienes resolvieron no abocarse al examen de la temática planteada en virtud de los fundamentos que al respecto expusieron.

Siendo ello así, resulta de toda evidencia que en la especie no media la invocada infracción del art. 168 de la Carta local, toda vez que las omisiones que habilitan la procedencia de la vía de nulidad intentada a la luz de lo dispuesto por la citada cláusula constitucional, son aquellas en que el Tribunal incurre por "descuido" o "inadvertencia", mas no las que derivan del convencimiento, acertado o no, pero exteriorizado en el fallo que la cuestión de que se trate no puede o no debe ser tratada, ni aquellas

que fueron desplazadas o que su tratamiento resultó implícito (conf. S.C.B.A. causas Ac. 56.965, sent. del 2-IX-1997; Ac. 58.609, sent. del 3-III-1998 y Ac. 70.779, sent. del 3-V-2000; Ac. 83.054, sent. del 24-III-2004).

3. Por ello, no habiéndose acreditado las infracciones legales denunciadas y en concordancia con lo dictaminado por la señora Procuradora General, doy mi voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Ante la sentencia del tribunal a quo la representante promiscua de la menor de edad L.M.R. interpone recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley.

En lo que concierne al primero de los remedios procesales deducidos, la recurrente manifiesta -esencialmente- que la Cámara omitió el tratamiento de una cuestión esencial conforme el art. 168 de la Constitución provincial, pues soslayó la aplicación del art. 86, inc. 2º, del Código Penal, "apartándose meramente de su aplicación sin justificar los motivos por los cuales se priva a la menor de la autorización legal que dicha norma establece y se la somete a una previa venia judicial (que además se le niega) y que la ley no exige" (v. fs.131).

Alegó también en ese sentido, que el desplazamiento de "la operatividad plena" de dicha norma penal fue realizado por los sentenciantes sin pronunciarse respecto de su vigencia, ni tampoco en lo relativo a la constitucionalidad de la misma.

Considero que este recurso extraordinario de nulidad no debe tener una acogida favorable.

En efecto, la cuestión que se menciona como preterida ha sido expresamente desplazada por el tribunal a quo por las razones que expuso en torno a la aplicación al presente caso de normas de jerarquía constitucional. En consecuencia, siendo que el art. 168 de la Constitución de la Provincia sanciona con la nulidad del fallo a aquellas omisiones incurridas por el juzgador por descuido o inadvertencia, la circunstancia recién expuesta no encuadra en dicha infracción constitucional. Y, a su vez, el acierto jurídico de ese desplazamiento es una cuestión ajena a esta vía recursiva (SCBA, Ac. 86.936, sent. del 16-II-2005).

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Genoud, por compartir sus fundamentos.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. Sin perjuicio del relato que los colegas han efectuado de los antecedentes, la respuesta en voto individual al primer interrogante planteado en este Acuerdo aconseja insistir en la reseña de las constancias destacadas que exhibe la presente litis.

a. El 24 de junio de 2006, la señora V.D.A., madre de L.M.R., en el marco de la denuncia que presentara ante la Delegación Departamental de Investigaciones en Función Judicial I de La Plata para instar la acción penal en los términos del art. 72, inc. 1º del Código Penal (conf. art. 285 del C.P.P.), ha expresado que su hija de 19 años y deficiente mental había sido víctima de un abuso sexual.

De ese modo tuvo origen la Investigación Penal Preparatoria N° 307.639-06 de trámite ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 5 del Departamento Judicial La Plata (v. fs. 5/6vta. del presente legajo; fs. 2/3vta. de la IPP en cuestión). Esas actuaciones fueron el foco a partir del cual se derivó este proceso, en el que la impugnación al pronunciamiento de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, de fecha 24 de julio de 2006 (fs. 106/112) ha abierto la jurisdicción extraordinaria de esta Suprema Corte de Justicia.

b. En ocasión de formular aquella denuncia penal, la denunciante refiere lo siguiente: "... yo sólo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer a un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebe que está por nacer" (fs. 3 de la I.P.P. cit.).

c. El informe remitido por la Asistente Social Licenciada A. E. V. al titular del Centro de Asistencia a la Víctima, dependiente de la Fiscalía General departamental, permite advertir que, puesta en

conocimiento mediante oficio fechado el 28-VI-2006 de la situación arriba enunciada y de la voluntad de la progenitora de la víctima del abuso sexual de no continuar con el embarazo, la Asesora de Menores N° 2 departamental -doctora Laura Ozafrain de Ortíz- dio intervención al Defensor General Departamental para que brindara adecuado asesoramiento profesional a la reclamante.

En ese informe se explicita que el Defensor Oficial General se entrevistó con la señora A. el 29-VI-2006 y que fue autorizado por ella "a realizar todas las gestiones necesarias al efecto de interrumpir el embarazo, acompañando la documentación pertinente" (v. fs. 34/35). Surge, además, que el referido Defensor Oficial "habría dado intervención a la Jefa de Ginecología del Hospital San Martín, Dra. B. C. ", quien anoticiada del Ac. 95.464 de esta Corte en un supuesto de aborto terapéutico señala "... que consultaría con el equipo de Trabajo y con el Director Médico del Hospital a los fines de brindar respuesta en cuanto a la realización de la interrupción del embarazo sin necesidad de autorización judicial, conforme lo establece el artículo 86 segundo párrafo del Código Penal" -resaltado agregado- (v. fs. 34 vta. cit.).

d. El día 30 de junio -según se informa en el oficio referido- la profesional de la medicina responde "que no habría impedimento para la realización del aborto eugenésico sin autorización, pero debía dar intervención al Comité de Bioética del Hospital, a fin de que emitan opinión" (fs. cit.).

A su vez, el día 4 de julio la Asistente Social de la Fiscalía General departamental oficiante, dice haber mantenido una comunicación telefónica con la médica doctora B. C. y que ésta le había informado que la menor "... fue internada en el día de la fecha en el Nosocomio a fin de realizarle todos los estudios pertinentes a la detección de enfermedades infectocontagiosas, la realización de ecografía abdominal, electrocardiogramas y demás estudios tendientes al riesgo quirúrgico" (fs. 34vta./35 cits.). En su entender, probablemente el día 6 de julio se llevaría a cabo la reunión del Comité de Bioética y, en caso de dar anuencia para la intervención, se decía que la embarazada estaba "preparada clínicamente" para proceder a un "raspado" (fs. 35 cit.).

e. La titular de la Unidad Funcional de Instrucción N° 5, doctora Sonia Leila Aguilar, el mismo día 4-VII-2006, sin justificar el sentido de su intervención y mediante una suerte de resolutorio formal, extrae un juego de fotocopias de la investigación a su cargo y las remite con carácter urgente al Juzgado de Menores en turno (fs. 37). Lo hace tras aludir a las diferencias que en su opinión existirían entre el presente caso y el decidido en la causa Ac. 95.464 [sent. de 27-VI-2005]; invocar la "dudosa constitucionalidad" de la permisión emergente del art. 86 inc. 2° del Código Penal; mencionar la ausencia "hasta el momento" de la acreditación del grado de incapacidad mental de la menor embarazada, así como de la circunstancia de si "la patología mental (que padecería) es de aquellas consideradas congénitas, encontrándose la causa en plena etapa instructoria"; y destacar no estaba interviniendo en ese trance el "... Ministerio Pupilar, ni el Ministerio Público fiscal".

f. La jueza de Menores, a fs. 39/39 vta., considerando que debían reunirse los elementos de prueba del supuesto aprehendido en el art. 86 inc. 2° del Código Penal, ordena una serie de medidas complementarias, entre otras, la realización de una evaluación psiquiátrica a la embarazada y el pedido de remisión de su historia clínica.

g. La doctora Ozafrain de Ortiz, en su intervención inicial en la causa, advierte sobre la innecesariedad de una autorización judicial para realizar la práctica médica que habría de realizarse en el caso, porque en la situación del art. 86 inc. 2° del Código Penal, en que encuadraba el sub lite, dicha venia es innecesaria, como también lo es frente a un aborto terapéutico. Por ello reclama a la jueza que se abstenga de interferir en esa intervención médica.

h. A fs. 49 obra un informe médico en el que se consignan los siguientes datos: i] la madre de la menor embarazada es analfabeta, de 51 años y es beneficiaria de un plan de asistencia social; ii] la embarazada nació de parto prematuro con 1,900 kg, con trastornos a su nacimiento; iii] finalizó la instrucción primaria en escuela diferencial; iv] tiene un retraso mental moderado.

i. En la audiencia cuya celebración consta a fs. 51 la señora A. solicitó que en atención a las circunstancias que allí describe se efectuara un aborto a su hija.

j. A fs. 54/55 contesta la vista conferida la Asesora de Incapaces N° 4, quien si bien reconoce que los supuestos del art. 86 del Código Penal consagran una causa de justificación del aborto, entiende que ello sólo puede ser resuelto por el médico y la mujer encinta o su representante legal. Sobre esa base, los derechos constitucionales de la criatura por nacer y el sentido que asigna al certificado médico de fs. 49, deduce que debe prohibirse la practica médica y arbitrarse las medidas para amparar la salud de la madre. Paralelamente postula la inconstitucionalidad de toda norma penal "... que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos".

k. La Perito psicóloga del Tribunal, Susana Beatriz Kormos informa a fs. 57/58 sobre las características del retraso mental de la menor, su coeficiente intelectual equivalente al de una niña de ocho años y su inmadurez psicosocial.

2.a. La señora jueza de Menores dicta sentencia a fs. 59/69. Si bien descarta toda duda respecto de la existencia del abuso sexual del que habría sido víctima L.M. R. (fs. 63vta./64), pone de relieve que no es para ella admisible reparar esa agresión injusta "con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebe" (fs. 64 cit.). En síntesis, con fundamento en normas de los pactos internacionales (arts. 4.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.1 y 2 y reserva de Argentina al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño), de la Constitución nacional (art. 75 inc. 22) y de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 12 inc. 1 y 36) resuelve no hacer lugar a lo que entiende ha sido una petición judicial para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor y, como medida de protección al niño por nacer y a la menor, ordena la concurrencia mensual a dicho órgano con constancia médica de control de embarazo y oficia a la Subsecretaría de Minoridad a los efectos de arbitrar todos los medios necesarios para la protección de la salud física y psíquica de la menor de autos y del niño por nacer (fs. 59/64vta.).

b. El fallo es apelado por la representante pupilar de la joven L.M. (fs. 65/71vta.), agraviándose, en primer término, porque no ha existido pedido alguno de venia jurisdiccional. Alega también que el art. 86 inc. 2 no requiere de ese acto, sino que "... meramente se despenaliza la conducta, tornándola lícita" (fs. 67vta.). De otro lado, impugna la decisión porque al no haberse descalificado el artículo citado en su vigencia al caso "... no [era] posible dejar de aplicar esa disposición" (fs. 68 vta.).

c. En la contestación de fs. 74/75 la Asesora de Menores N° 4 controvierte los agravios expuestos por su contraparte. Coincide con ella en que la realización de un aborto en los términos del art. 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, pero insiste en su posición expuesta a fs. 54/55, a lo que añade que frente al resguardo del derecho a la vida del feto, la permisón del inc. 2° del citado precepto lesiona la igualdad ante la ley, al excluir de esa tutela a los seres engendrados por algunas embarazadas, las idiotas o dementes.

d. Al cabo de ciertas vicisitudes derivadas del conflicto negativo de competencia resuelto por esta Corte mediante el Ac. 98.791 (res. de 20-VII-2006; fs. 96/97) en favor de la intervención de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, este órgano emite la sentencia que ahora se halla bajo recurso (v. fs. 106/112).

e. En lo que importa destacar, el a quo -luego de cumplir con el recaudo de tomar contacto personal y directo con la menor, de conformidad con las previsiones del art. 50 del decreto ley 10.067/83 (v. fs. 103)- asigna a las expresiones formuladas por la señora V.A. a fs. 51 el alcance de una expresa solicitud de autorización judicial para interrumpir el embarazo de su hija.

f. Tras cartón, diferencia el caso que nos ocupa del resuelto por esta Corte en el muchas veces recordado precedente Ac. 95.464, concerniente a la práctica de un aborto terapéutico, y, a su vez, pone de resalto que "... con sustento en el informe médico obrante a fs. 49" no existen "... riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor [L.M. R.]...". Dice después que, en lo que atañe a la protección jurídica de nasciturus -por el grado de indefensión que representa su situación- "... el derecho debe acudir en su auxilio en situación de desamparo, durante todos los tramos del embarazo de la madre", en razón de las disposiciones constitucionales y legales individualizadas en el fallo (fs. 110 vta.).

g. La sentencia invoca preceptos e instrumentos jurídicos que consagran la protección al derecho a la

vida (arts. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ONU 1966; 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; 4 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, más la reserva formulada por la República Argentina al art. 1; 12 inc. 1 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 63 del Código Civil).

h. Para concluir considera abstracto pronunciarse "... respecto de los reparos efectuados por la Sra. Agente Fiscal Dra. Sonia Aguilar a la norma del art. 86 inc. 2 del Código Penal" (fs. 111).

i. Así las cosas, la Cámara deniega el recurso de apelación e instruye a la jueza de menores para que extreme el control de L.M. R., en compañía de su progenitora, en cuanto a la evolución del embarazo y supervise de manera constante y directa el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad (fs. 111 vta.).

3. La sentencia es recurrida por la señora Asesora de Menores e Incapaces en representación de la joven embarazada mediante la interposición de sendos recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley (v. fs. 130/139).

a. Cabe ceñirse a la consideración del primero de ellos.

En ese orden, la impugnante denuncia lo que entiende ha sido una omisión en el tratamiento y decisión de una cuestión esencial (art. 168 de la Constitución provincial) planteada a la Cámara. Omisión que la habría llevado a soslayar la aplicación de una norma que para la recurrente es plenamente vigente, a saber: el art. 86 inc. 2º del Código Penal. A lo que añade que el a quo tampoco expone los motivos por los cuales se ha privado a la menor de la autorización legal que dicha norma establece (fs. 131).

b. Al desarrollar los fundamentos del remedio extraordinario, quien aquí impugna se encarga de recordar que en la causa se debaten dos cuestiones principales. Puntualiza que, de ellas, la relativa a la aplicabilidad del art. 86, inc. 2º del Código Penal, constituyó el eje de debate desde antes del inicio de esta causa.

Con el subsiguiente relato de los hechos, la impugnante persigue patentizar que las diversas lecturas sobre la validez constitucional del art. 86 inc. 2º del Código Penal, su alcance y la reunión de sus presupuestos, conformaron el thema decidendum en este peculiar proceso. Así, las actuaciones arribaron a la alzada, tribunal que -según imputa la recurrente- incurrió "en la preterición de cuestión esencial denunciada toda vez que no explicita los motivos o razones por los cuales desplaza la operatividad plena del art. 86 inc. 2º citado, acerca de cuya vigencia tampoco se expide pese a que esta representación así lo solicitó en el escrito que fundamentó la apelación".

Agrega que más allá de la cita de distintas normas constitucionales nacionales, tratados y convenios internacionales que amparan el derecho a la vida desde el momento de la concepción, "... lo que no hace la sentencia es justificar de qué manera, sin declarar la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2º del Código Penal, simplemente se aparta como si tal precepto no existiera en el ordenamiento jurídico ...".

Resalta que a lo largo del proceso se ha tratado de hacer valer el texto antes aludido en pro de los derechos de su representada, y que esa cuestión medular al llegar a los estrados del tribunal, ha sido soslayada sin mediar una previa declaración de inconstitucionalidad, apartándose así de lo que es la doctrina sobre la materia ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que expresamente cita.

4. La señora Procuradora General emite dictamen propiciando se revoque el fallo atacado, declarando la plena aplicabilidad al caso de lo normado por el art. 86 inc. 2º del Código Penal y disponiendo la improcedencia de autorización judicial para la interrupción del embarazo de la menor.

5.a. La denuncia de preterición de un tópico esencial a resolver tiene asidero.

El art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires impone a los tribunales de justicia resolver todas las cuestiones que le fueron sometidas por las partes. Tales órganos deben observar ese desempeño -según lo exige el art. 171 del mismo ordenamiento constitucional- mediante el pronunciamiento de una sentencia fundada en derecho, teniendo en consideración las circunstancias de

la causa.

b. Con reiteración, esta Suprema Corte ha consignado que los planteos oportunamente puestos a consideración de la alzada importan una cuestión esencial (cfr. doct. causa Ac. 87.352, sent. de 1-III-2006, por mayoría), si estructuran la litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia debe atender para su validez (cfr. doct. causas L. 73.844, sent. de 27-II-2002; L. 84.117, sent. de 4-V-2005; Ac. 90.577, sent. de 26-X-2005; Ac. 91.669, sent. de 10-V-2006, entre otras). A la inversa, no habilita la revisión extraordinaria el señalamiento de un déficit en el abordaje de un mero argumento sobre la existencia o no de un hecho controvertido (cfr. doct. causas Ac. 68.202, sent. de 9-VI-1998; Ac. 73.275, sent. de 3-X-2001; Ac. 80.069, sent. de 18-XII-2002).

Entonces, los planteos contrapuestos de cuya dilucidación dependa la solución del litigio revisten el carácter de esenciales. Su tratamiento y decisión fundada es inexcusable para los magistrados llamados a pronunciarse (arg. doct. causas Ac. 33.474, sent. del 6-VII-1984; Ac. 33.628, sent. del 5-III-1985, en "Acuerdos y Sentencias", 1985-I-237; Ac. 50.007, sent. del 14-XII-1993; Ac. 54.663, sent. del 7-II-1995, en "Acuerdos y Sentencias", 1995-I, 25; Ac. 57.892, sent. del 4-III-1997, L. 35.742, sent. del 29-IV-1986, en "Acuerdos y Sentencias", 1986-I, 496).

c. En el caso, la aplicabilidad del art. 86 inc. 2º del Código Penal y, además, lo atinente a su validez constitucional, estructuran el thema decidendum del proceso.

La jueza de Menores, en su fallo aborda la cuestión aunque de manera insuficiente. Al expresar que no albergaba duda alguna sobre el hecho de que la menor ha sido víctima de un abuso sexual, razona en derredor del art. 86 inc. 2º del Código Penal del citado precepto de la ley criminal (cfr. Punto VIII, primer parte de la sentencia), al que le extiende parcialmente la doctrina de la causa Ac. 95.464 (sent. de 27-VI-2005) -Punto IV, último párrafo, "in fine" de la sentencia-. Empero, concluye apartándose de aquélla por las consideraciones constitucionales que efectúa en torno al derecho a la vida.

d. La decisión en crisis, en cuanto deja de lado la directiva emergente del citado art. 86 inc. 2º, sin declararlo inconstitucional, fue objeto de la precisa crítica de la representante del Ministerio Público. Censura que, vaya dicho también, dio lugar a una réplica de la contraparte que discurre en el Punto II sobre esa temática.

e. Los magistrados de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil del Departamento Judicial La Plata, inicialmente repararon en que la materia sujeta juzgamiento versaba sobre el ya mencionado conflicto jurídico. Basta leer los párrafos tercero y cuarto del ap. I del voto a la primera cuestión planteada en el fallo recurrido, para corroborarlo. No obstante, declinaron tratar el asunto (cfr. doct. C.S.J.N., Fallos 327: 5970). Una profusa cita de textos normativos de diversa índole los condujo a la categórica conclusión, que afirman, sobre la inviabilidad de admitir que los médicos pudiesen interrumpir el embarazo de la menor.

Ello refleja un razonamiento trunco. La exposición deja sin hilvanar argumentos explicativos, como mínimo, de la falta de ponderación en la especie de las pautas consagradas en el art. 86 ap. II, inc. 2º del Código Penal. El vacío luce palmario al constatarse que el fallo no declara la inconstitucionalidad de aquella norma legal.

Ciertamente, no existe omisión esencial si del razonamiento seguido en la decisión jurisdiccional se desprende que aquélla ha sido advertida pero desplazada (cfr. doct. causas Ac. 86.082, sent. de 3-XI-2004; Ac. 87.732, sent. de 19-X-2005; Ac. 89.971, sent. de 5-IV-2006). Mas ello presupone que el juzgador haya ponderado otra cuestión que excluya a la denunciada como preterida (cfr. doct. causas Ac. 85.519, sent. de 3-III-2004; Ac. 82.062, sent. de 24-IX-2003) o que de su discurrir se infiera, antes que un descuido u olvido, un tratamiento diferente del asunto relevante (cfr. doct. causas Ac. 77.382, sent. de 3-VII-2002; Ac. 70.778, sent. de 7-III-1999; Ac. 83.045, sent. de 13-IV-2005).

f. Es difícil sostener que el a quo haya desplazado con otra argumentación medianamente fundada el núcleo a dirimir en autos según fueron desplegadas las postulaciones de las partes. Del ap. III, punto a) de la sentencia en crisis no surge un tratamiento implícito del principal agravio sometido a apelación.

Se indica que el presente caso es distinto al juzgado por esta Suprema Corte en la causa Ac. 95.464

(sent. de 27-V-2005), referencia huera que en atención a las circunstancias casi nada aporta. En aquel precedente fueron valoradas otras circunstancias fácticas (las previstas en el inc. 1° del art. 86 del Código Penal). Ello es claro, como también lo es que el distingo no predica de suyo la inaplicabilidad del inc. 2°; tampoco alcanza para eludir el juicio de pertinencia al caso y validez constitucional del precepto mencionado en segundo lugar, en el que ha basado su postura la Asesora de la menor embarazada desde el comienzo de este proceso.

g. Quizás, en vez de pugnar por su incompetencia el a quo hubiese podido explicitar con mayor esmero su decisión tal cual hubo de estructurarse la contienda. Carga particularmente recomendable si creía que el precedente de esta Corte no les aportaba la solución al caso.

Para cerciorarse del empeño del tribunal inferior basta reparar en las conclusiones de los párrafos segundo y tercero del ap. IV de su sentencia. En ese pasaje, al examinar una sola de las pruebas de la causa, la Cámara parece volver sobre sus pasos y hacer hincapié en que uno de los elementos nucleares del art. 86 inc. 1° (el riesgo para la vida o la salud de la madre) no estaba reunido; justamente cuando ya se había descartado la aplicabilidad de este precepto. Una dualidad inexplicable.

h. Menos aún podía entenderse desplazado el tema a dirimir con el críptico párrafo cuarto del ap. IV antes citado. Si los reparos de la Agente Fiscal a los que apunta la sentencia son aquellos que la funcionaria hubo de efectuar acerca de la constitucionalidad del art. 86 inc. 2° del Código Penal, no alcanza entonces a comprenderse cómo ello habría devenido abstracto cuando la Cámara no ha expuesto un cotejo entre dicha norma y el ordenamiento suprallegal que fue motivo de "las consideraciones efectuadas precedentemente".

Dado que la Asesora de Incapaces que actúa por el nasciturus -no ya la Agente Fiscal, ajena al proceso- mal o bien ha planteado esa cuestión constitucional respecto de la norma invocada por su contendiente, no hubiese importado ningún pronunciamiento teórico o inoficioso, expedirse sobre el anclaje o la contrariedad constitucionales del citado art. 86, inc. 2°, cuando se debía resolver un expreso agravio peticionando su aplicación al sub lite. Alguna decisión procedía, era necesaria, en torno a si la norma machaconamente esgrimida abastecía de solución o no al caso; consecuentemente, de considerarse lo primero, con qué alcance y, por fin, si era o no constitucional.

i. En ese plano, la reseña normativa efectuada en el fallo tampoco permite extraer una decisión -implícita o virtual- contraria a la constitucionalidad del texto penal. Aunque, en rigor, cualquier intento por considerar abordada de esa forma la cuestión se derrumbaría inevitablemente a poco de recordarse algo esquivo a la refutación: en nuestro sistema de control de constitucionalidad, las leyes se reputan legítimas si han sido sancionadas siguiendo los mecanismos previstos en la Constitución (C.S.J.N. Fallos 226:688; 242:73; 300:241; 314:424), siendo que además su interpretación debe hacerse considerando armónicamente todo el ordenamiento jurídico (C.S.J.N. Fallos 311:255), preferentemente por su validez y sólo como última alternativa por la inconstitucionalidad (C.S.J.N. Fallos 312:296). En principio las normas legales o reglamentarias rigen en el contexto de su determinación, a menos que los jueces declaren su inconstitucionalidad dando precisa razón del cotejo o juicio valorativo en que se expongan los motivos que justifiquen semejante pronunciamiento (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 324:2780). Declaración que por tanto ha de ser expresa y que, como es absolutamente conocido, importa la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia y un acto de suma gravedad, verdadera ultima ratio del orden jurídico (C.S.J.N., Fallos: 322:919; 323:2409; 324:920, entre muchos; Ac. 50.900, "Rodríguez", sent. de 15-XI-1994, "Acuerdos y Sentencias" 1994-IV-219; Ac. 60.887, "López" sent. de 24-III-1998; L. 77.503, "Cardeli" sent. de 6-V-2001; B. 67.594, "Gobernador de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 25-II-2004, etc.).

6. Pienso que las deficiencias reseñadas podrían determinar el acogimiento del recurso extraordinario de nulidad y el consecuente reenvío de la causa a otra Cámara de Apelación integrada con jueces hábiles (art. 298 Código Procesal Civil y Comercial). Con todo, varias razones me inhiben de postular en el sub examine esa conclusión.

En primer lugar, los motivos que invoca la recurrente (cfr. ap. 3.b. último párrafo supra), denotan la

existencia de una situación extraordinaria, en que urge dirimir el conflicto.

La anulación de la sentencia sólo contribuiría a perturbar más un complejo derrotero procesal, afectando en modo grave la posibilidad objetiva de brindar una respuesta judicial rápida y eficaz (art. 15, Const. Pcial.).

Dadas las características de la contienda, el déficit que aqueja al fallo no ha impedido a la impugnante desplegar sus argumentos críticos en el tramo de su impugnación dedicada a fundar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, ni al Tribunal considerarlos en su fundabilidad y confrontarlos con la réplica expuesta en el memorial.

En vista de los agravios que la recurrente expresa en el marco del mencionado recurso, que coinciden con aquellos tópicos en que la Cámara calló, la revisión de la sentencia es factible en la causa.

En tales condiciones me inclino por desestimar el recurso extraordinario de nulidad. Concurriré así con mis colegas en el tratamiento y decisión de la segunda cuestión. Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Adhiero a las consideraciones expresadas en el voto de mi colega el doctor Genoud.

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

A mi juicio, este recurso debe ser rechazado. Se lo ha fundado señalando que la sentencia ha soslayado la aplicación del art. 86 inc. 2 del Código Penal. En este sentido, la sentencia dice brevemente que los fundamentos normativos en los que ella se apoya "tornan abstracta" la cuestión planteada en torno a norma citada (último párrafo del considerando cuarto de la sentencia en recurso). Sin perjuicio de la improcedencia de tal desplazamiento, y de lo que diré al considerar el recurso de inaplicabilidad de ley, estimo que si bien es cierto que la cuestión fue soslayada o desplazada (y así lo admite la propia sentencia) ello se debió al motivo que se indica en el fallo (art. 168 de la Constitución de la Provincia).

Sin perjuicio de lo anterior, y por la celeridad que el caso exige, alerto que una nulidad, con el reenvío y nueva decisión que ella conllevaría, más la posibilidad de un nuevo recurso extraordinario, son alternativas que este caso ya no admite.

Con tales consideraciones, adhiero al voto del doctor Genoud.

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada el señor Juez doctor Dominguez dijo:

Adhiero al voto del doctor Pettigiani. Corresponde también en mi criterio el rechazo del recurso extraordinario de nulidad toda vez que la cuestión denunciada como omitida ha sido desplazada por la decisión a que se arriba. (art. 168 de la Constitución provincial).

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Mahiques dijo:

1. Que V.D.A., madre de la menor L.M.R., denunció (fs.5) que esta última, de 19 años, y con retraso mental, se hallaba embarazada a consecuencia de una violación atribuida a L.V. .

Sostuvo que su hija le expresó que el nombrado la había acostado en la cama y que tras quitarle la ropa contra su voluntad se desnudó, "le abrió las piernas y le metió el pito en la cola"; que pasado algún tiempo le dijo que "ya estaba" y la interrogó sobre si "le había gustado", respondiéndole la menor negativamente; que entonces le ordenó que se vistiera y que ante su falta de respuesta fue el imputado quien lo hizo.

Que en el referido acto, A. manifestó que quería "saber si es posible interrumpir este embarazo...", explicitando su deseo de instar la acción penal (fs. cit.).

2. Que del protocolo de abuso sexual realizado en la Delegación Departamental de Investigaciones de La Plata, suscripta por la Capitán Médico de la Policía bonaerense A. G. S. (fs.12/15), surgen como datos relevantes que L.M.R. presenta funciones intelectuales disminuidas, alteraciones en la memoria inmediata, pensamiento dificultoso e imaginación alterada.

3. Que el análisis DAP-TEST en suero, practicado sobre la paciente R. por el laboratorio de análisis

clínicos Guernica arrojó resultado positivo (fs.20).

4. Que la Directora Asociada del Hospital Zonal General de Agudos "Dra. C. G. ", efectuó un reconocimiento médico a la menor (fs. 22) del que surge que L.M.R. padece un retraso mental moderado secundario y encefalopatía hipoxémica con una incapacidad parcial y permanente, estimándose en un 76% su incapacidad laboral sin posibilidad de modificar el diagnóstico con un tratamiento.

5. Que el doctor G. M. C. I. del departamento de neurología-neurocirugía de la mencionada institución certificó (fs. 23) que la menor es una "paciente en tratamiento neurológico por retraso madurativo moderado", que exhibe un "lenguaje coherente" aunque lee con dificultad" todo ello presumiblemente originado en "antecedentes de sufrimiento fetal", asistiendo en la actualidad a una escuela especial.

6. Que según la fotocopia autenticada del certificado de nacimiento de la menor L.M.R. (fs. 26), ésta es hija de R.H.R. de V.D.A.

7. Que el titular del Centro de Asistencia a la Víctima de la Fiscalía General Departamental, Dr. Pedro Chazarreta, comunicó (fs. 46/47) a la titular de la Asesoría de Menores e incapaces N° 2 del departamento judicial La Plata, Dra. Laura Ozafrain de Ortiz, que la menor víctima, su madre y su hermana fueron entrevistadas por personal del equipo técnico de esa secretaría, habiendo en dicha ocasión expresado A. que, dado la discapacidad de la joven y la situación particular de la familia, deseaba interrumpir el embarazo.

8. Que el mencionado Dr. Chazarreta libró oficio a la Asistente Social de la misma Fiscalía General, Andrea Vazquez (fs. 34/35), dando cuenta de lo actuado hasta ese momento, particularmente que la Dra. Laura Ozafrain de Ortiz había requerido la intervención del Defensor General Departamental; que tras entrevistar a la madre y ser autorizada por ésta a realizar las gestiones necesarias se comunicó con la jefa del servicio de Ginecología del Hospital San Martín, Dra.C. , quien le refirió que "no habría impedimento para la realización del aborto eugenésico sin autorización"; que el 4 de julio de 2006 L.M.R. fue internada para la realización de los estudios pertinentes y que se solicitó con carácter de urgente la reunión del Comité de Bioética.

9. Que la titular de la Unidad Funcional de Investigaciones n° 5, Dra. Sonia Leila Aguilar, quien estaba a cargo de la encuesta por la denuncia de abuso sexual mediante acceso carnal n° 307.639/06, remitió con carácter de urgente fotocopias de esa investigación penal preparatoria al juzgado de Menores n° 5 y a la Unidad Funcional de Investigación, juzgado de Garantías y de Menores en turno, invocando el artículo 287 del Código Procesal Penal (fs. 37).

Que la fiscal requirente estimó "...que no sería de aplicación al presente caso lo resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires en el Acuerdo n°2078, ya que el aborto que se pretende se trata de un aborto eugenésico del art. 86 inc. 2° del Código Penal" norma que "a la luz de la reforma constitucional operada en el año 1994 resulta de dudosa constitucionalidad".

10. Que la juez titular del Tribunal de Menores N° 5, Dra. Inés Noemí Siro, dio intervención a la titular de la Asesoría de incapaces n°4 en representación de la persona por nacer.

11. Que la representante de la menor Dra. Laura Ozafrain sostuvo que "...no resulta competente ningún juez para autorizar lo que la propia ley autoriza ni para interferir en la efectivización del acto médico..."; que los recaudos del art. 86 inc. 2° del Código Penal "...sin duda alguna confluyen en la situación de M., puesto que surge de la intervención de la agente fiscal que la joven ha sido abusada sexualmente así como la propia enfermedad mental ..."; y que "...en cuanto al grado de su enfermedad... es el criterio médico el que debe primar para resolverlo, puesto que la norma no define el término ni lo remite a la existencia de una declaración jurídica previa" (fs. 41/44vta.).

12. Que la juez de menores interviniente entrevistó a la menor en audiencia y con la presencia de su madre donde ésta relató los hechos denunciados (fs. 51).

13. Que la Dra. Griselda M. Gutiérrez, titular de la Asesoría de incapaces n° 4, solicitó que "se rechace el pedido de interrupción del embarazo y se arbitren los medios necesarios para amparar la

salud psicofísica de la menor durante y después que se produzca el nacimiento (fs. 54/55)."

Afirmó en su presentación que algunos supuestos de aborto "están alcanzados por una excusa absolutoria, (y que) ellos podrán ser opuestos en una investigación penal luego de cometido el hecho, pero no corresponde a ningún juez adoptar una decisión previa". Que ante la confrontación entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a la vida del niño por nacer debe prevalecer esta última y a tal fin dejó planteada "la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el peticionado en autos, donde no está en peligro la vida de la madre, por importar una grave violación de derechos de base constitucional, en especial el derecho a vivir".

14. Que la perito psicóloga del tribunal, Susana Beatriz Kormos (fs. 57/58) dictaminó respecto de la menor R. que "se trata de una joven con una deficiencia mental de grado moderado (y que) con respecto a su nivel madurativo se estima una edad mental de aproximadamente 8 años de edad (correspondiente al 3º año de escolaridad común).

15. Que la juez de menores resolvió no hacer lugar al pedido de autorización para efectuar prácticas abortivas en la persona de L.M.R. (fs. 64). Fundó su decisión en que el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación. Con cita de precedentes de esta Corte (especialmente el voto del doctor Roncoroni en el Ac. 95.464, sent. del 27 de junio de 2005), sostuvo que allí "si bien se hace mención del art. 86 inc. 1º del CP, los conceptos son de aplicación, también al inc. 2º del mencionado artículo." (cf. Fs. 62vta./63).

Que afirmó, asimismo, su competencia por encontrarse en el caso, "en riesgo la vida, de un menor".

Que la magistrado del fuero de menores dio por comprobado que la joven fue "víctima de un abuso sexual, pero (que) la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra la nueva víctima inocente...sino con una atención y contención de la joven abusada".

16. Que la Cámara interviniente confirmó el pronunciamiento de origen con fundamento en que al contrario de lo afirmado por la asesora que representa a la menor R., "...existe una expresa solicitud por parte de su madre V.A. a los fines que aquí discuten"(fs. 106/112). Que, además, "estando controvertido el derecho a la vida, se impone recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda cobra absoluta prevalencia la Constitución Nacional", la Constitución provincial (art. 12), y los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos incorporados tras la reforma constitucional de 1994.

Que el camarista ponente concluyó en que no se advertían en el presente caso elementos que permitan sostener la existencia de riegos actuales y/o futuros en la salud de la menor que hagan necesaria la producción de pruebas complementarias.

17. Que contra la mencionada decisión, la señora asesora de menores que ejerce la representación de L.M.R. interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley y doctrina legal (fs. 130/139 vta.).

18. Que al margen de lo expuesto en el considerando anterior, teniendo en cuenta que el objeto del recurso extraordinario de nulidad interpuesto -en tanto se denuncia la omisión de tratamiento de una cuestión esencial, en los términos del art. 168 de la Constitución provincial-, tiende a la descalificación formal del fallo recurrido como acto jurisdiccional válido, se impone lógicamente tratar en primer término aquel agravio. Ello debe ser así, habida cuenta que su favorable recepción dejaría sin materia al resto de la queja.

Que sobre el punto, cabe señalar en primer término que el motivo del reclamo se circunscribe, en definitiva, a supuestos errores de juzgamiento, los que, conforme ha sostenido esta Corte en reiteradas oportunidades, resultan ajenos al ámbito del recurso extraordinario de nulidad (confr. S.C.B.A., Ac. 77.233 del 23-II-2000; Ac. 85.922 del 3-III-2004; Ac. 91.959 del 3-II-2005; entre otras).

Que, por otra parte, debe apuntarse que no media omisión de tratamiento de una cuestión esencial si la sentencia impugnada ha resuelto sobre el tema correspondiente, al margen del acierto o desacierto de dicha decisión (cfr. este Tribunal, L.32.691; L.33.213; L.34.596; L.38.997; entre otras); y que el vicio que por el recurso extraordinario de nulidad se corrige en orden a lo dispuesto en el art. 168 de la

Constitución de la provincia es la omisión de tratamiento de una cuestión esencial, y no la forma en que ella es encarada (confr. S.C.B.A., L.33.031; L.33.626; L.52.597; entre otras).

Que de ese modo, aunque de los términos del pronunciamiento recurrido no surja una explícita referencia acerca de la plena operatividad en el caso de la norma contenida en el art. 86 inc. 2° del Código Penal -tal como pretende la impugnante-, lo cierto es que la decisión cuestionada no adolece de una falta de fundamentación suficiente por omisión de tratamiento de una cuestión esencial. Por el contrario, se infiere sin dificultad que el motivo de la decisión radicó en que el tribunal de grado no consideró aplicable la norma de referencia, razón que, por lo demás, condujo a la improcedencia de toda discusión relativa a su constitucionalidad.

Cabe reiterar que la motivación de una sentencia es el conjunto de razonamientos sobre los hechos y el derecho en los cuales los jueces apoyan sus decisiones y, como tal, su enjuiciamiento no puede descansar en la nuda consideración de términos aisladamente interpretados ni en la entronización de palabras que, como "clave de bóveda", provoquen autosuficientemente la satisfacción de dicha exigencia legal. La fundamentación es, asimismo, una operación intelectual que debe sostenerse en la certeza moral de los integrantes del órgano jurisdiccional, el que deberá observar los principios lógicos que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base para determinar cuáles son falsos y cuáles verdaderos. Entre ellos se encuentra aquel que establece que la motivación debe cumplir con el principio de razón suficiente y estar conformada por elementos aptos para llevar a un razonable convencimiento sobre el hecho y el derecho aplicado a aquellos. Los jueces no están obligados a tomar en cuenta todos los resultados procesales sino sólo los que sirven para justificar su convicción. La motivación de la sentencia se valora en su conjunto y con mayor amplitud en la decisión de mérito del órgano de primer grado.

Por lo demás, y sin perjuicio de que la cuestión será posteriormente objeto de un más detallado análisis, debe ya liminarmente señalarse que la operatividad del art. 86 del Código Penal fue correctamente descartada por el a quo, teniendo en cuenta que las circunstancias del caso traído a su conocimiento no se correspondían con aquellas que conforman el supuesto de hecho que es propio de dicha norma, pues ella contempla aquellos supuestos en los cuales ya se ha cometido un delito de aborto, lo que no ha ocurrido en la especie.

Que entonces, toda vez que el recurso extraordinario de nulidad resulta improcedente si no se evidencia que en el fallo objetado se haya incurrido en preterición de cuestión esencial alguna (conf. esta Corte, L.32.835, L.50.821, L.53.361, L.61.750), y consecuentemente al no advertirse la vulneración del art. 168 de la Constitución provincial, la impugnación en estudio debe ser desestimada y respondida negativamente la primera cuestión.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Piombo dijo:

Por los mismos fundamentos expuestos por el doctor Genoud, adhiero a su voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. La Cámara Primera de Apelación -Sala II- en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, confirmó la sentencia de primera instancia que no había hecho lugar al pedido de autorización para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor R.L.M. como medida cautelar y de protección al niño por nacer, de igual modo que la señora jueza de grado, ordenó la concurrencia de la última en forma mensual al Juzgado de Menores, en compañía de su progenitora, para el control de su salud física y psíquica y la del niño por nacer.

Para así resolverlo destacó en primer lugar que existía una expresa solicitud de la madre de la discapacitada a los fines que motivaron las presentes actuaciones. En consecuencia expresó que llamada a decidir si la venia pretendida se conformaba a derecho, correspondía rechazar la apelación deducida.

Sentado ello y en la advertencia de que formaba parte de la controversia el derecho a la vida sostuvo -luego de enunciar los distintos tratados internacionales incorporados, declaraciones y convenciones también internacionales, legislación de fondo, y las Constituciones nacional y de la Provincia de

Buenos Aires que lo consagran- que la protección constitucional de la vida de cualquier ser humano se extiende desde el momento de la concepción y a lo largo de toda su existencia.

En esa línea de pensamiento señaló que el nasciturus representaba el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debía acudir en su auxilio durante los distintos tramos del embarazo de la madre; y -como lo anticipara- que correspondía el resguardo del derecho a la vida del mismo (v. fs. 110 vta.).

Resta destacar que la alzada concluyó que resultaba innecesario la producción de medidas complementarias en aras de armar elementos de prueba que permitieran inferir la existencia de algún riesgo actual o futuro para la salud de la menor.

Finalmente, a modo de colofón, subrayó el Tribunal que lo dicho tornaba abstracta cualquier resolución respecto de los reparos efectuados por la señora Agente Fiscal a la norma del art. 86 inc. 2 del Código Penal.

II. Contra esa decisión deduce la señora Asesora de Incapaces, en representación de la menor L.M.R., el presente recurso, en el que denuncia la violación del art. 86 inc. 2 del Código Penal y de la doctrina sentada por esta Corte en la causa Ac. 95.464, sent. del 27-V-2005.

Sostiene que en el caso de autos los recaudos requeridos en el precepto de referencia, en su segundo apartado se encuentran reunidos: la menor ha sido víctima de violación y padece una enfermedad mental que la coloca en situación de demencia (cuenta con una edad cronológica de 19 años y 8 de edad mental). Acota que por último la progenitora en forma inequívoca y continua ha expresado su voluntad de interrumpir el embarazo de su hija.

Agrega que en el presente proceso "nunca se formuló ante autoridad judicial ningún pedido de autorización para abortar" (v. fs.134 vta.), y aunque no se hubiera formalizado tal pedido ello resultaba indiferente, dado que el precepto de referencia es claro en tanto no exige ninguna venia judicial, limitándose a requerir la reunión de los tres recaudos ya referidos.

En tal sentido ejemplifica con el hecho de que si un sujeto comparece ante los tribunales a requerir autorización respecto de cualquier acto permitido por la ley, a ningún magistrado se le ocurriría concederle la misma, pero menos aún como en la especie, en que la venia no fue requerida.

Como corolario de lo expuesto señala que el art. 86 reenvía el aborto al terreno de lo permitido o de la libertad, en suma de lo lícito, y como esta disposición no impone ninguna autorización previa por parte del Estado, la venia judicial no es necesaria, ni puede ser condicionante del actuar médico (art. 19 de la Const. nacional).

Asimismo refiere que la madre de la menor al suscribir el acta y por tratarse de una persona que lee y escribe con dificultad, no pudo cabalmente comprender la diferencia entre "solicitar un aborto", "solicitar autorización judicial para abortar", "manifestar su intención de hacer abortar a su hija", o "solicitar autorización médica para abortar".

Concluye que el marco general de las Constituciones nacional y provincial, de los Tratados y Convenios Internacionales y del Código Civil, no deben ser entendidos como impeditivos de la consagración legislativa especial y excepcional que el Código Penal contempla a mérito de las especiales circunstancias contenidas en el art. 86 citado.

En lo que hace a la doctrina que emana de la causa Ac. 95.464, "C.P. de P., A. K. S. Autorización" señala que si bien el supuesto tratado por dicho fallo se refiere al inc. 1º, no existe ningún obstáculo para hacerlo extensivo al 2º, que sólo difiere de aquél en que los recaudos que se exige son diversos, aunque han sido idénticamente valorados por el legislador nacional al incorporarlo en el mismo art. 86 del Código Penal, que contiene los dos únicos supuestos en los que se despenaliza el aborto, tornándola una conducta permitida y lícita.

También destaca que todas las citas legales plasmadas en la sentencia, relativas al derecho a la vida son igualmente aplicables a uno y otro supuesto, así como que no existe ningún motivo para que los mismos fundamentos que justificaron el fallo de esta Corte respecto del aborto terapéutico no sean idénticamente aplicables al aborto eugenésico-sentimental. Ello sin perjuicio de poner de relieve que los fundamentos del vocal preopinante del pronunciamiento de la Cámara se corresponden con el voto

de la minoría, que no constituye la doctrina legal de la Corte.

Finalmente expresa que la opinión mayoritaria en ese precedente sostuvo la innecesariedad de la autorización judicial para la realización de un aborto en los términos establecidos por el artículo de referencia. En consecuencia solicita, que habiéndose apartado la alzada de dicho precedente, se haga extensiva a la situación planteada en autos lo allí resuelto.

III. El recurso debe prosperar.

Mis fundamentos:

III.1- El derecho a ser oído.

Como cuestión previa a toda solución, relevante en esta instancia, este Tribunal decidió entrevistar a la menor. Con derechos inalienables en juego no podíamos prescindir de escucharla. En este sentido reafirman este derecho los arts. 2, 3 y 28 de la ley 26.061, que si bien regula la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes hasta los 18 años, creo que es un parámetro a tener en cuenta con respecto a la menor de autos que tiene una edad mental de 8 años. No sería un razonamiento válido escuchar a una niña de 8 años en un juicio de divorcio en el cual se debate su tenencia y no escucharla cuando los 8 años de edad tienen que ver con su escaso desarrollo intelectual en relación a la edad cronológica (19 años) y terceras personas estamos decidiendo acerca de un por nacer que lleva en su vientre. Necesariamente, el juez debe poder tener contacto con la menor, valorar sus dichos, sus actitudes, sus resistencias y sus silencios.

Además, la ley citada no sólo refuerza lo ya sentando en la Convención sobre los Derechos del Niño a ser oído (art. 12) sino que también estipula que se debe respetar "El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta" (art. 3). A su vez el art. 24 dispone: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo" y no menos importante es lo que reza el art. 28 que regula el "Principio de igualdad y no discriminación". Dice este último que: "Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales".

Desde mi punto de vista, era esencial el contacto con la joven teniendo en cuenta que desde hace un tiempo se viene difundiendo la teoría de la capacidad progresiva de las personas que padecen enfermedades mentales, de forma tal de no reducirlas a un objeto de protección de un sistema en donde su voluntad, aunque sea mínima, no tenga ningún valor. En materia de salud mental no hay sólo blancos y negros, sino una gran cantidad de grises. Puede que la joven no tenga capacidad para algunos actos pero sí la tenga para otros.

En esta línea argumental, en lo que se refiere a las distintas capacidades de las personas con problemas mentales, se ha sostenido que: "Tanto la doctrina, como la jurisprudencia se han preocupado hace un tiempo en los conflictos que atañen a la niñez y adolescencia, intentándose instalar un nuevo modelo -llamado de la protección integral- o concepción filosófica, social y jurídica que importa un abordaje más comprometido sobre este sector social. No sucede lo mismo en materia de salud mental. Los "locos", siguen siendo tratados como "objetos" de protección y no como personas "susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones". Y no creemos que esto sea casual, todo lo contrario, es un claro reflejo de lo que hemos denominado 'imaginario social de la locura', o sea, de cómo vemos a los enfermos mentales y de qué lugar les asignamos en nuestra sociedad" (...) Cualquiera sea la patología del enfermo y su contexto social, cultural y familiar, quedar incluido en una categoría legal que presume una absoluta inhabilitación de su aptitud y libertad en la vida de relación, degrada totalmente

la personalidad y viola el derecho a la libertad, a la autonomía personal y a la dignidad humana" (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V.; Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° II, ps. 957/960)".

Es, asimismo, lo que ha dicho la World Medical Association, "en el sentido de que un paciente afectado de una enfermedad mental, incluida la psicosis, no debe por ello ser considerado automáticamente como incompetente. Más aún, se postula que el juicio o la opinión de ese paciente debe ser respetado en aquellas áreas en las cuales se lo considera capaz de participar en la toma de decisiones. En caso de no resultar ello posible, deberá requerirse el consentimiento subrogado con la intervención de un representante autorizado conforme al derecho local aplicable en cada caso" (Hooft, Pedro F., "El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica: perspectivas bioéticas y jurídicas", JA 2000-IV-1055).

De la entrevista mantenida con M., con la debida intervención de la Perito Psicóloga quien además nos ha ilustrado ayudando a interpretar su conducta, me persuado de la incapacidad que padece y que no puede asumir ninguna responsabilidad salvo la realización de tareas muy simples, no teniendo, incluso, la habilidad necesaria para asearse sola. Es una persona que depende, necesariamente, de su madre y que no logra comprender que está embarazada. No es conciente de que dentro de su vientre alberga un ser en desarrollo y ello la lleva a realizar conductas de niña (tiene un nivel madurativo correspondiente a 8 años según el Test de Bender), riesgosas para su estado tales como saltar hasta agotarse una pared -para contar cuántas veces puede hacerlo- sin poder comprender que esta acción pone en riesgo tanto su salud como su vida.

En el caso ha sido de gran importancia la reunión con todas las personas involucradas y que configuran el apoyo y contención de la adolescente (madre y hermana). Luego de conversar con la menor estoy convencido de que carece de ese mínimo de voluntad al que aludía en párrafos anteriores, por lo que cobra virtualidad la figura de la representante legal, la madre, quien ha demostrado en la audiencia honrar la responsabilidad que la ley pone a su cargo.

### III.2- Doctrina legal de la Corte.

En el Ac. 95.464 (sent. del 27-VI-2005) esta Corte dejó sentada su postura en relación a la innecesariedad de autorización de juez alguno para realizar el aborto no punible regulado por el art. 86 inc. 1 del Código Penal. Si bien el supuesto que nos ocupa en el presente no es idéntico, incluso está previsto en diferentes incisos, en ninguno de ellos figura como requisito la intervención previa del órgano judicial.

### III.3- Similitud entre los incs. 1 y 2 del art. 86 en cuanto en ninguno se requiere autorización judicial.

El art. 86 del citado cuerpo legal luego de establecer las penas que sufrirán los profesionales que practiquen un aborto, establece en dos incisos, los supuestos en que la interrupción del embarazo no es punible.

Dice el mencionado precepto: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Como puede observarse de la simple lectura de la norma, ambos supuestos de excusas absolutorias del delito de aborto exigen el criterio del médico, que es el profesional que posee los conocimientos necesarios para resolver si se dan los recaudos que hacen a la conducta tipificada, no punible. A lo anterior, se exige el consentimiento de la mujer en el primer inciso y de la representante legal, en el

segundo. En este último se requiere, además, el hecho de la violación y -según un sector de la doctrina penal- que la mujer sea idiota o demente. Otros juristas incluyen en la figura a cualquier mujer que haya sido víctima de la violación (el conocido problema de la coma). Debido a que este último no es el supuesto de autos, sólo me detendré con el que se vincula a nuestra intervención.

III.4- Requisitos para la no punibilidad regulada por el art. 86.

Los requisitos aplicables al caso particular que me toca resolver, para que el delito no sea punible son: a- la violación, b- la falta de capacidad de la víctima y c- el consentimiento de la representante.

1-Falta de capacidad de la víctima.

Luego de la entrevista personal con la menor tengo una completa certidumbre acerca de la falta de capacidad que padece y -en esas condiciones- no pudo haber dado un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales.

Se argumenta en la doctrina penal que "ninguna duda cabe de que el embarazo proveniente de violación de la que ha sido víctima una mujer idiota o demente, entendiéndose por tal mujer alienada, puede ser objeto del aborto impune" (Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, actualizado por Ledesma, Guillermo A.C., 16° ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, p. 83).

2-Violación.

Centrándonos en el delito de violación, para que ésta se configure es necesario, según reza el art. 119 del Código Penal, que la víctima sea "menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

El derogado art. 119 hablaba de que la ofendida se hallase privada de razón, en el actual este supuesto quedaría incluido en el último párrafo del precepto reformado. Decía Creus con la terminología de la antigua norma (que considero aplicable a la nueva redacción) que "La carencia de razón tiene que tener influencia sobre la prestación del consentimiento, lo cual indica que no cualquier trastorno mental puede considerarse típicamente relevante, sino el que sea capaz de influir sobre el juicio concerniente al acto" (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte especial, T. 1, 6° ed., Astrea, 1997, p. 172).

En cuanto al requisito de si se encuentra o no configurada la violación, "La ley 21.338 (como antes lo hizo la 17.567) requería, como condición procesal de procedencia de la autorización legal, que 'se hubiese iniciado la respectiva acción penal' por el delito provocador del embarazo; según ello era necesario que las maniobras abortivas se hubiesen llevado a cabo después de producido el acto de instancia. Con el texto actual, la exigencia ha desaparecido; por tanto, el aborto resultará igualmente impune cuando se invoque con seriedad -que podrá ser estimada por medio de la prueba tanto de la defensa como del Ministerio Fiscal- la existencia del hecho ilícito, aun cuando éste no se hubiese investigado en un proceso especial o cuando las maniobras abortivas hayan tenido lugar antes de iniciado ese proceso mediante el instamiento de la persona habilitada para producirlo" (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte especial, T. 1, 6° ed., Astrea, 1997, p. 64).

En el caso que nos ocupa, no sólo se ha hecho la denuncia pertinente (que como vimos no es indispensable a los efectos del aborto impune) sino que por las características especiales de la víctima no hay lugar a duda de que no se encontraba en condiciones de dar consentimiento para la realización del acto sexual.

3-Autorización de la representante legal.

En ocasión de la audiencia con la adolescente también hemos tomado contacto con su madre, quien lúcida y con plena comprensión de la situación adversa que les toca vivir concede el consentimiento que requiere la normativa para la efectivización del aborto. Ella es quien mejor conoce a su hija pues ambas viven solas, la cuida, la baña, se ha preocupado para que asista a un colegio especializado en capacidades distintas y que en la actualidad se lamenta debido a que este problema que la aqueja está impidiendo que la adolescente concurra a talleres dirigidos a preparar a jóvenes especiales a adquirir alguna capacitación manual. Como vemos, esta mujer de lucha, sin duda, se desvive para cubrir las

necesidades de la menor, dentro de los límites de sus posibilidades. Huelga decir, que es la persona que está en mejores condiciones de saber que es lo más beneficioso para la joven en estos momentos difíciles que complican su situación, de por sí, problemática.

4-Innecesariedad de autorización judicial.

Finalmente, no hay ningún indicio en la norma que nos permita inferir que hace falta autorización judicial para que los profesionales de la salud hagan lo que según sus conocimientos se debe hacer. En ese sentido dice Marín que en todos los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 "no debe solicitarse previamente autorización judicial para realizarlo porque ello implica invertir el orden lógico de las cosas tergiversando el espíritu de la ley" (Marín, Jorge L., Derecho penal. Parte especial, T. 1, p. 77).

Y este es, precisamente, uno de los agravios que con mayor insistencia ha expuesto la recurrente pues expresa que debido a que no hace falta autorización para abortar según la norma del inc. 2 del art. 86 del Código Penal tampoco se la ha solicitado. Le asiste razón a la quejosa. Reitero, no debe peticionarse ninguna autorización para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación. Ha habido un exceso de intervención judicial. No hay en la norma ningún vacío que permita inferir que un juez pueda ni autorizar ni prohibir la conducta descripta.

Resulta contradictorio razonar que si el aborto se hubiera concretado no sería punible, pero que debido a una intervención innecesaria de la justicia se le impide a la incapaz acceder a esta posibilidad.

A mayor abundamiento resulta orientador lo dicho por el Comité de Derechos Humanos [Argentina. 03-XI-2000] en la observación nro. 14 que transcribo: "En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar éste procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado".

III.5- Armonización con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución (art. 75 inc. 22).

Coincido con la señora Asesora de Incapaces que ocurre en autos en representación del nasciturus, en cuanto a que el art. 86 inc. 2º del Código Penal debe interpretarse de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico del cual éste forma parte y no en forma aislada (fs. 170). Pero disiento con ella en cuanto a la solución a la que arriba a partir de esa evaluación armónica, pues considero que la consonancia que se busca arroja un resultado diverso al propuesto por la misma.

Como ya he expresado en mi voto en el Acuerdo ut supra citado "Los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción". En efecto, el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece: "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". Además, todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849 y art. 75 inc. 22 CN). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores prevé en su art. 70, en concordancia con su art. 63, que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido (ver Corte Sup., in re P. 709 XXVI, sent. del 5-III-2002; entre otras)".

Asimismo, el art. 12 de la Constitución provincial reafirma que: "Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural".

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el art. 86 incs. 1 y 2 sean inconstitucionales. Incluso ello surge de las sentencias de 1ra y 2da instancia que a pesar de no haberse pronunciado acerca de la constitucionalidad del precepto, se introdujeron en un área que pertenecía a la vida privada de la

gestante (art. 19, C.N.) y prohibieron la intervención médica. Se registran varios estudios doctrinarios que se han ocupado sobre la armonización de la normativa involucrada, llegando a la conclusión de que pueden convivir, no siendo en virtud de ello inconstitucionales las excepciones a la incriminación previstas por los incs. 1 y 2 del art. 86 del Código Penal.

En esta línea argumental, se ha sostenido que el bien jurídico protegido por la normativa penal, cuando castiga el delito de aborto, es "la vida humana en formación, razón por la cual este delito se ha situado entre los contrarios a la vida o a las personas. Sin embargo, aunque no surja expresamente del texto legal, existen otros bienes que nuestro Código Penal protege jurídicamente al legislar sobre el aborto: la vida de la gestante y su derecho a la autodeterminación", por ello las excepciones a la punibilidad que regulan en los incs. 1 y 2 del art. 86 (Gil Domínguez, Andrés, Famá, María V., Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° II, ps. 1022).

Consideran Gil Domínguez, Famá y Herrera que: "Si realizamos un análisis axiológico de la normativa penal vigente, encontramos que los conflictos de valores planteados fueron resueltos de la siguiente manera:

a- Si la vida de la mujer corre peligro durante el embarazo y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor vida de la mujer sobre el valor vida humana en formación;

b- 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" (Gil Domínguez, Famá, Herrera, ob. cit., p. 1023).

Continúan su argumentación con una interpretación armónica de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la normativa penal vigente. Afirman que "puede concluirse que los constituyentes de 1994 no introdujeron norma alguna a nuestro texto constitucional que permita inferir algún cuestionamiento o modificación, desde la cúspide normativa, del sistema de despenalización del aborto establecido a partir de 1921. De ello se desprende que hubo una confirmación tácita de la constitucionalidad del modelo de regla-excepción al que hemos hecho referencia" (Gil Domínguez, Famá, Herrera, ps. 1032/1033).

En un sentido similar, expresa Figari que en las causas de justificación al aborto previstas en el art. 86, "ante un conflicto o colisión de bienes la ley resuelve la elección dando primacía a la vida y la salud de la madre sobre la vida del feto, justificando la actividad del médico..." Agrega, que el precepto en análisis "exime de punición al médico y la mujer encinta, en el primer caso, a fin de realizar un aborto terapéutico cuando se den las causales allí establecidas. En el segundo caso, hace lo propio en lo concerniente al médico y el representante legal (...) Dichas disposiciones no están reñidas con el ordenamiento constitucional". En el caso del inciso 1, "los únicos que toman parte del evento son el médico diplomado y la mujer encinta con prescindencia de cualquier otra opinión (llámese judicial) por tanto es irrelevante e innecesario la solicitud efectuada en tal sentido" (Figari, Rubén E., "Aborto terapéutico (y un fallo paradigmático)", LLBA 2005-1329).

Donna nos explica, aludiendo a los incs. 1 y 2 del art. 86 del Código Penal que: "Estas causas de exclusión del injusto, llamadas normalmente 'causas de justificación', no son otra cosa que 'metanormas' que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre sí, como ser la muerte del agresor en el caso de la legítima defensa, la destrucción de la cosa, en el estado de necesidad, defensivo o agresivo. Esto implica que no existe un conflicto formal, ya que la colisión sólo surge en relación con los bienes o intereses jurídicos afectados. En consecuencia, (...) y éste es el tema en el caso que nos ocupa, las causas de justificación rigen sólo en cuanto conflicto material, pero no dirigen ningún modo de instrucción de acción a los afectados por el conflicto; esto es, no es ni un mandato, ni una prohibición. En este sentido, las normas de permisión no son normas de conducta, porque son sólo normas de colisión. Por eso se ha podido afirmar que las causas de justificación son normas autónomas y de permisión que actúan independientemente de las normas de conducta y que hacen retroceder a éstas derogando las prescripciones impuestas (Triffterer). Esto

implica que la norma de conducta se halla limitada, en el sentido de que el deber de proteger la vida decae cuando el ordenamiento permite una lesión" (Donna, Edgardo A., "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", RDF 2006-I-153).

Posteriormente, argumenta que "...Hay que tener en cuenta que en el derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto es bastante claro, ya que expresa que 'desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas' (art. 70, C. Civ.) y, por ende, 'son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno' (art. 63, C. Civ.). Dice Llambías, explicando la norma, que 'Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento, ya que este hecho sólo cambia el medio en el que se desarrolla la vida del nuevo ser'. Sin embargo, la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. El art. 74. C. Civ., dispone que 'si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido'. Esto implica, según Llambías, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta, sino imperfecta, en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida" (Donna, Edgardo A., "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", RDF 2006-I-153).

Continúa razonando el citado doctrinario que: "De acuerdo con ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico también debe ser diferente. Y esto es lo que hace el Código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados que se exija igual protección de la persona por nacer que la ya nacida. Cambia, pues, en estos casos, la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento..." y finaliza su argumentación diciendo "hay un equívoco que debe decirse. Que los tratados sobre derechos humanos protejan determinados bienes jurídicos no lleva a que el juez deba dejar de lado las leyes existentes, que no se opongan a ellos. Los tratados protegen al feto y en eso nuestras leyes no se oponen a esa protección en cuanto dan más valor al sujeto nacido que al feto" (Donna, ob. cit., ps. 159/161).

En este estado, quiero detenerme en la argumentación de la quejosa de cuyo análisis parecería surgir que asimila no punibilidad con automaticidad y obligatoriedad en la interrupción del embarazo, lo cual resulta impensable. Tan ello es así, que si la representante legal no lo consintiera sería imposible la aludida práctica médica. Consecuentemente, corresponderá sólo a los profesionales de la salud evaluar y decidir la conducta a adoptar luego de haberse expresado la voluntad requerida por la ley. Resumiendo, si bien la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos en ella contenidos y la Constitución provincial protegen el derecho a la vida desde la concepción este principio admite excepciones. La que hoy nos ocupa es una de ellas.

Adoptando propias citas de la alzada, es necesario optar por una hermenéutica que "... contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos...". Reconozco qué llamativo resulta echar mano a citas del tribunal cuya resolución se recurre para concluir en una solución distinta. Nadie puede desconocer que el caso que nos ocupa ofrece márgenes dramáticos que efectan la sensibilidad. Esos mismos datos no escaparon al criterio y evaluación del a quo. Mas entiendo que arriba a una solución impropia para el caso que, más allá de toda consideración (que de hecho la alzada hubo de efectuar), resulta producto de una desinterpretación de la norma.

### III.6-Otros antecedentes judiciales.

El error en que se incurre al pedir autorización previa se ha presentando en varias oportunidades. Las citas que hago son sólo ejemplificativas y al efecto de resaltar la confusión reinante en los profesionales de la medicina, agravada, en el caso en particular, por una actuación judicial innecesaria y perturbadora.

Así, en ocasión de fallarse un caso similar se adujo: "El art. 86 del Cód. Penal reenvía el aborto (practicado en las condiciones que determina) al terreno de lo permitido o de la libertad; en suma de lo lícito y como esta disposición no impone ninguna autorización previa por parte del Estado para practicar un aborto eugenésico, la venia judicial no es necesaria" (1ª Instancia Penal Mendoza, juzgado n° 2, enero 31-1985, ED 114-183).

En la misma línea argumental, se afirmó que. "La redacción del art. 86, inc. 2º del Cód. Penal, considera impune a la mujer que practique el aborto sentimental y al médico, pero nada dice sobre el juez que autorice tal intervención, razón que impide acceder a una demanda de tal índole" (1ra instancia, Juzgado de Instrucción, 7ª Nominación, Rosario, noviembre 4-1987, ED 128-388)

Esta misma Corte, en antecedente reciente (Ac. 95.464, sent. del 27-VI-2005) se pronunció en idéntico sentido, sentando bases insoslayables para los tribunales inferiores. No pudo prescindirse de la doctrina por ella emanada. Si bien en aquél fallo formé parte de la minoría, mi argumento no fue en el sentido de descartar toda posibilidad de interrumpir el embarazo, sino que considerando que una vez que la cuestión se había judicializado juzgué conveniente hacer lugar a la producción de prueba que se había solicitado para acreditar que existían terapias alternativas que, protegiendo la vida de la madre, no hacían imprescindible la realización del aborto. No fue dato menor que en el precedente anterior fueron lo propios médicos quienes solicitaron la autorización y por ello deduje que si necesitaban un aval judicial era porque dudaban. Mas la experiencia me ha enseñado que cada situación es única e irrepetible y que debe ser analizada desde los hechos particulares que la caracterizan y no desde la ideología o la dogmática.

Todo lo expuesto permite concluir que aunque no sea una práctica corriente, se acude a la justicia frente a la incertidumbre que provoca en los profesionales de la medicina que su actuación pueda llegar a ser considerada ilícita. Por ello, y con razón se dijo en el acuerdo recién mencionado, que los profesionales, cualquiera que sea su ámbito, han estudiado y se han preparado para ejercer y asumir las responsabilidades que la actividad que han elegido como medio de vida llevan implícitas.

Afirmó el doctor Roncoroni, en el citado precedente, que: "A la luz de la norma transcripta, los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habrá de acudir a la consulta médica o la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de Bioética -como se hizo en el caso- pero nunca al juez. ¿A guisa de qué ha de intervenir el juez? ¿Acaso estará llamado a jugar el rol de censor, supervisor médico o perito médico de los médicos? No parece que esto entre en el campo de conocimiento de los jueces. La prudencia que integra la voz con que se suele denominar a la ciencia del derecho (jurisprudencia) y esa regla de oro que es la razonabilidad rechazan de plano tal pensamiento. Ni es admisible que los médicos verbalmente (...) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 C Pen., ya por esa suerte de fiebre epidémica, conocida como mala praxis. Repárese en que una de las más graves exteriorizaciones de irresponsabilidad es no conocer o negarse a reconocer los alcances y los límites de la propia responsabilidad. Si responsable es un sujeto obligado a cumplir, no se entiende que desconozca lo que debe cumplir y menos que ampare en tal desconocimiento su incumplir. De justificarse un razonamiento y actitudes como las expuestas, la responsabilidad desaparecería, ya que una forma de que no exista responsabilidad es no saber nunca en que consiste ella".

En el presente, los médicos asumieron esa responsabilidad y la justicia dio una contraorden. En este actuar, dejamos a los justiciables en un desconcierto en cuanto a qué hacer, con un sentimiento de que

están librados a la suerte del juez de turno. Los magistrados debemos ser coherentes, brindar tranquilidad, paz y seguridad con respuestas similares ante casos similares. Es arbitrario haber dicho hace tan poco tiempo: "no hace falta autorización" y ahora, cuando nadie la pidió, en virtud de nuestra propia doctrina, impedir que se haga aquello a lo cual dijimos que no estábamos llamados a intervenir.

Entiendo en definitiva que la alzada ha desinterpretado el art. 86 inc. 2 del Código Penal pues, y soslayando el tema de si se ha pedido o no autorización para abortar el embarazo, cuestión que puede, si se quiere, prestarse a diversas interpretaciones a la luz de las constancias de autos (y de la que tengo posición asumida), el hecho es que dicha norma no llama a intervenir a la justicia. Se halla dispuesta para operar ex post facto, y está dirigida exclusiva y excluyentemente a los galenos y a la representante legal de la demente. Vendrá a operar la justicia luego de sucedido el hecho para confirmar la existencia de los recaudos que justifiquen tal obrar. Asumiendo eventualmente los responsables los cargos que impone el incumplimiento de lo que se manda.

Obviamente, este pronunciamiento no es una autorización. Lisa y llanamente porque ni se la pidió ni es necesaria, sino que tiende a esclarecer una mala interpretación que generó como consecuencia la iniciación de este proceso, por haberse inmiscuido la justicia en una decisión a la cual no estaba llamada a intervenir, lo que trajo como resultado dudas razonables que obstaculizaron el actuar de los médicos. Son ellos a quienes le corresponderá evaluar, en cada caso, la posibilidad de la práctica en uso de su *lex artis*.

Para terminar, creo necesario en esta instancia recordar lo expuesto por el distinguido colega doctor de Lazzari en Ac. 98.260 (sent. del 12-VII-2006), cuando en cita que ubica sostiene: "María Victoria Famá y Marisa Herrera afirman que 'el Estado como garante de los derechos humanos que titularizan niño y adolescentes implica, en definitiva, el despliegue de una serie de acciones preventivas en primer lugar por parte del Estado desde su poder administrativo, para la efectiva satisfacción de derechos o, en su defecto, para la rápida restitución de derechos vulnerados' (en "Crónica de una ley anunciada y ansiada", La Ley, ADLA LXV-E, p. 5813)". Ello pues considero que la intervención que cupo en autos a éste Poder Judicial no se hallaría debidamente integrada, sino más bien inconclusa, si no atendemos a la suerte del agente involucrado. Considerando por ello inexcusable un llamado al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que, por intermedio del organismo competente, tome conocimiento de la situación integral en que se encuentra la menor L.M.R. y, en caso de constatar la necesidad de instrumentar acciones positivas, defina y arbitre las medidas de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades determinadas.

Con dichas precisiones, entiendo que el recurso debe prosperar.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I.- Considero que -indudablemente- el objeto del presente caso, en su aspecto normativo, radica en dilucidar la compatibilidad o no del art. 86, inc. 2 del Código Penal, que tanto la recurrente como la señora Procuradora General postulan que debe regir al caso, con los preceptos regulados en los pactos internacionales que han sido incorporados a nuestra Constitución, con motivo de la reforma constitucional de 1994 y que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.).

El análisis que debe hacerse de ambas normativas importa transitar por un camino axiológico, inevitable, con relación al contenido material de tales preceptos el que desembocará, finalmente, en determinar si estos valores y principios axiológicamente supremos, que confieren justificación y congruencia a todo el ordenamiento (Guastini, Ricardo: Normas supremas, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n° 17-18, 1995, págs. 268), admiten compatibilidad con la tutela que se pretende con el art. 86, inc. 2 del Código Penal.

Según refiere Luis Jiménez de Asúa, quien la analizó minuciosamente, esta norma resulta copiada por el Código Penal que empezó a regir el año 1922 del texto del artículo 86 del Proyecto Suizo de 1916, al que siguió con total fidelidad al punto que conservó sus palabras, suprimiendo sólo la referencia al incesto (Tratado de Derecho Penal, T VI, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1962, n° 1907,

p. 1001).

Se pretendía con dicho precepto resolver un tema muy en boga durante la guerra de 1914-1918 con motivo de los embarazos de mujeres de países ocupados, particularmente en el caso de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales.

Gautier, cuyo comentario al artículo trae Carlos Fontán Balestra (quien a su vez lo recoge de Jiménez de Asúa, Derecho Penal parte especial, Abeledo Perrot, Bs. As., 1986, págs. 119/120) apuntaba que cuando el embarazo sea el resultado de un atentado cometido "contra una mujer idiota, inconsciente o incapaz de resistencia", podrían argüirse "más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. Qué puede resultar de buenos de una mujer demente o cretina". "...es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado con intervención facultativa a los fines del perfeccionamiento de la raza".

No caben dudas que se trata aquí de un aborto de raíz inconfundiblemente eugenésica.

El propio Jiménez de Asúa vincula el fundamento de la norma con causas sentimentales "de repugnancia al concebido", considerando en consecuencia que sólo la mujer violada que se siente víctima del invencibles repugnaciones contra el ser concebido" (Op.cit. p.1009) podría ser autorizada a abortar por el juez, si bien es curioso advertir que antes se hace la pregunta relativa a "¿Qué causas sentimentales de repugnancia al concebido pueden excusar el aborto de la joven violada por su novio?". Por nuestra parte plantearíamos otro interrogante frente al hecho que hoy también se admite la violación del propio marido si en tal caso quedaría autorizado derechamente el aborto.

II.- No parece fácil precisar la causal del aborto sentimental salvo que la situemos en todo lo relacionado con el hecho de la violación, pero en tal caso se hace difícil justificar la supervivencia del violador, que oficiaría de recuerdo viviente del bárbaro hecho.

También se ha encontrado que el fundamento podría estribar en la concepción impuesta a la voluntad de la víctima, quien quedaría sometida al nacimiento de un hijo que no quiso ni buscó, al que solo llegó como consecuencia de un delito cometido por un extraño en su persona.

Hoy, cuando los derechos humanos y particularmente el derecho a la vida son situados, como siempre debieron haberlo sido, en el pináculo de la estimativa social y jurídica, estos fundamentos aparecen debilitados como justificativo para la aniquilación deliberada de una vida humana. Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles.

La sola invocación de la repugnancia hacia un ser humano inocente y aún no visible aparece como un gesto deshumanizado y volcar en el ser así generado la frustración o la impotencia de haber soportado un involuntario sojuzgamiento como una muestra de un orgullo desorbitado.

III.- La permisión en estos casos de una conducta que en otra situación se cataloga como indudablemente criminosa trae reminiscencias de concepciones afortunadamente superadas, como la que propiciaba el aborto para ocultar una inexistente deshonra, en el caso del aborto pomposamente llamado honoris causa, que en realidad sólo encubría u sentimiento de intolerancia familiar y social ante el milagro de la maternidad; que consideraba la reputación sólo desde el prisma de la hipocresía; y que priorizaban antes que la solidaridad social activa las consecuencias sombrías que podían aquejar a la madre y al hijo que vendrá, por el abandono de sus semejantes. No menos repudiable es nominar la acción de matar a un tercero inocente como aborto ético, como algunos lo llaman, siendo que la violación proviene de un tercero, o propiciarlo con fundamento en causas "socioeconómicas", calificando a la criatura por nacer de una carga socioeconómica cuando paradójicamente la sociedad sí acepta -lo que de ninguna manera critico-, pero sí califico como flagrante desigualdad en el trato que los victimarios sean alojados y mantenidos por la sociedad toda en institutos carcelarios. Sería bueno reparar en que entre aquéllos y éstos media una gran diferencia: los delincuentes produjeron un grave daño. El nasciturus ninguno.

En el presente, el autor de la presunta violación, de comprobarse efectivamente su participación en el

hecho y luego de concluido el proceso penal correspondiente, podría ser condenado -como máximo- a una pena privativa de libertad por un determinado lapso temporal. Mientras que para la persona por nacer la solución es la muerte.

Obviamente que con ello no postulo la aplicación de esa pena para el autor de tan horrendo crimen -ni para otros-, sino que propicio que tan drástica e irreversible medida no se adopte respecto del nasciturus.

IV.- También el artículo incurre en una grave discriminación situando a los hijos de mujeres violadas menores dementes en una categoría despreciable, mucho más aún que hasta no hace muchos años se hacía con los hijos así llamados mánceres, sacrílegos, adulterinos, incestuosos, ilegítimos o naturales que cargaban por hechos de los cuales eran inocentes con un estigma impuesto por una sociedad farisaica.

Tan parecida a aquélla es la situación que crea este artículo, que con total injusticia los hijos adulterinos cargaban por siempre con este rótulo en tanto que sus padres, si se desligaban del vínculo que los unía con sus respectivos cónyuges no tenían impedimento para unirse entre sí en matrimonio. Del mismo modo, insólitamente el art. 132 de Código Penal posibilita que exista un avenimiento saneador entre la mujer violada y el culpable de violación sin perjuicio que dada la pretendida permisión del art. 86 inc. 2º Código Penal aquélla practique el aborto por provenir de una violación, ya que la ley ninguna distinción ha efectuado.

A tal punto llega el menoscabo del niño (debemos recordar para aquellos que lo olvidan en este caso, es siempre sujeto y nunca objeto de derechos), que se lo reduce al nivel de una cosa, denominándose eufemísticamente el "fruto de la violación" desconociendo su existencia como persona, y que no pierde como tal sus derechos, aunque haya sido concebido como consecuencia de una violación.

Resulta inadmisibles, como luego quedará demostrado cuando hagamos el análisis de nuestros textos constitucionales básicos, establecer una suerte de prelación entre el ser humano ya nacido y aquél que transita por la etapa de embrión o feto.

Ciertamente en el contexto decimonónico en que germinaron las ideas que inspiraron la redacción de nuestros Códigos Civil y Penal era posible que se tutelara con mayor celo los derechos de las personas de existencia visible que la de quienes se encontraban aún dentro del seno materno.

Pero también es cierto que esas eran épocas en que la carencia de métodos anticonceptivos como la vigencia irrestricta de falsas concepciones que situaban la deshonra en el hecho de tener un hijo a través de caminos no aceptados por la sociedad; la repulsa social que motivaba la decisión de la madre de proteger su maternidad aún siendo soltera; las dificultades de probar quién era el padre de la criatura en muchos casos, la circunstancia de que no existían medios técnicos para visualizar el desarrollo del conceptus, el que en sus comienzos apenas resultaba perceptible y virtualmente inidentificable en su sexo y caracteres, el desconocimiento de la fisiología del embrión, pero fundamentalmente la muy tosca concepción de los derechos humanos en nada ayudaban a esa valoración.

Hoy en cambio, el desarrollo en la consideración de los derechos que ostenta la vida humana determinan que el no nacido no pueda ser menos considerado que el ya nacido.

No menos repudiable es la discriminación en que se incurre respecto de la "mujer idiota o demente", que como impedida tiene derecho a que se respete su dignidad humana y los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos debiendo tenerse en cuenta sus necesidades particulares y su derecho a vivir en familia (Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución n° 3447 -XXX, de 9-XII-1975, arts.1,3,8,9 y Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-XII-1971, arts. 1,4 y 7), siendo que conforme a la norma en comentario se le impone por un tercero una intervención traumática sobre su cuerpo impidiéndole la maternidad y su ejercicio, con violación del precepto constitucional del art. 75 inc. 23, vedándole una posibilidad que quizás le dé un sentido totalizador como es que la enriquezca y la complete en su

formación humana y en su proyecto de vida.

No puede ignorarse que la realidad actual ha puesto afortunadamente en crisis, a la luz del ideal de eliminar las discriminaciones, la desigualdad que antes era palmaria en cuanto a la carga que la filiación significaba para el hombre y para la mujer.

Antes la máxima "mater certa est" imponía la maternidad como agobio que pesaba casi exclusivamente sobre la mujer.

Hoy la posibilidad virtualmente absoluta de determinar la paternidad a través de las pruebas biológicas consagra simétricamente la vigencia del principio "pater certo est", por lo que no se advierte que la existencia de los hijos limite únicamente la libertad de la madre, sino que coloca igual restricción en cabeza de ambos. Por otra parte ni la planificación familiar, a través de la regulación de los intervalos entre los nacimientos, ni los llamados derechos sexuales y reproductivos pertenecen solamente al patrimonio del hombre, sino que existen en paridad de condiciones para ambos.

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, siendo por otra parte que en nuestro ordenamiento jurídico ningún valor es superior al valor vida, y la persona del niño está sustancialmente protegida desde el momento de su concepción, no advirtiéndose en el caso y particularmente frente a un tercero, ningún desbalance generado por un estado de necesidad.

No escapa a mi comprensión que igualmente pueden colisionar con ese derecho otros que sin duda son acreedores de adecuada y eficaz tutela jurídica, pero debo recordar que siempre que existen diversos valores en juego debe procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo (mi voto en Ac. 82.058).

Siendo entonces como quedó dicho, que se encuentra controvertido el derecho a la vida, debemos recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda cobra absoluta prevaencia la Constitución nacional.

La vida se encuentra así plenamente garantizada para todo ser humano, por el mero hecho de serlo.

El derecho a la vida aparece reconocido hoy, además, en numerosas declaraciones y convenciones internacionales, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de otros muchos países europeos y americanos, y en el texto del Código Civil Argentino.

En todos estos instrumentos se procura la protección de cualquier ser humano, más propiamente del género humano en su totalidad.

Esta protección se debe extender desde el momento de la concepción hasta el de la muerte natural (art. 12 inc. 1, Const. Pcia. Bs. As.), a través de todas las etapas que el ser humano transita a lo largo de su existencia, los que en rigor configuran un continuo, de difícil delimitación en sus puntos fronterizos.

El progreso humano ha permitido afirmar estos principios superando situaciones insostenibles como las que derivaron de la esclavitud o de las discriminaciones intolerables ejercidas respecto de la mujer, la niñez, la juventud, la ancianidad y la discapacidad.

Incluso hasta la misma naturaleza en sus diversas manifestaciones (animal, vegetal y mineral) goza hoy de preceptos tuitivos.

Ante actitudes que importan un lamentable retroceso en la protección de los derechos humanos, sostenemos 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.

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 a ser considerado persona.

El derecho a la vida -señala Bidart Campos- aparece formulado operativamente como derecho a que se respete la vida de toda persona. (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 menciona 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. 6º 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. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

VI.- Del juego armónico de las normas citadas, que se integran y complementan entre sí revistiendo como veremos al menos rango constitucional (esto es supremo), dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que determinan la incompatibilidad material de toda norma que directa o indirectamente, expresa o tácitamente se oponga, se colige que:

Todo ser humano tiene derecho a la vida (DADDH).

Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica (DUDH).

Todo individuo tiene derecho a la vida (DUDH).

Toda persona tiene derecho a la vida (CADH).

La persona lo es desde el momento de su concepción (CADH). Se reconoce que la persona comienza su existencia en el momento de la concepción. Cosa distinta para la Convención parece ser la

protección que dispensa la ley. Los demás ordenamientos son en este sentido, más generosos, por cuanto reconocen el derecho a la vida de todo ser humano lo cual supone una amplia protección en todos los estadios de la vida, y no lo dejan con la relativa indeterminación que lo hace esta Convención que en definitiva admite que el derecho a la vida en algunos casos particulares podría no ser protegida en ningún momento de su transcurso.

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH).

Todo niño tiene derecho a la vida (CDN).

Consecuentemente, todo ser humano -que es persona desde el momento de su concepción (CADH)-, tiene derecho a la vida (CADH; DADH), que es inherente a la persona humana (CP y DDCyP), y al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH; DUDH). El niño como ser humano (CDN) es persona desde el momento de su concepción (CADH), tiene derecho a la vida (DADDH, CADH y CDN) que le es inherente (PIDCyP) y al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH; DUDH).

A su vez, la DUDH utiliza el término individuo como sinónimo de ser humano y de persona (arg. arts. 1, 2 y 3, en particular y ss.).

La reserva hecha por nuestro país a la CDN en rigor ya se encontraba vigente en función de las Convenciones anteriormente suscriptas a las que se hizo referencia.

VII.- En el Convenio Europeo por la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscripto en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (España lo hizo el 24 de noviembre de 1977) se estableció en su art. 2º: "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena". Aquí advertimos un importante recorte.

VIII.- La Constitución nacional, incorporó, con excepción de la última, todas las convenciones y declaraciones mencionadas en calidad de normas que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", en el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en Santa Fé el 22 de agosto de 1994.

Asimismo dispuso en el inciso subsiguiente (23) del mismo artículo (75) "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

El constituyente consideró que los sectores mencionados en el precepto constitucional requieren del otorgamiento de ciertas preferencias que permitan subsanar la situación de desventaja o inferioridad que históricamente han tenido respecto de otros grupos. Se ha dicho, en tal sentido, que la incorporación de la norma mencionada fue por "(...) la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aún frente a la igualdad jurídica. Falta conectar la igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad. Hemos elegido aquellos sectores que (...) necesitan que esta Convención (...) los incorpore en las acciones cuyo dictado es responsabilidad del Estado" (del miembro informante del despacho en mayoría del proyecto que luego se convirtiera en el inc. 23 del actual art. 75, 22ª Reunión, 3ª Sesión ordinaria, 2-VIII-1994, Obra de la Convención Nacional Constituyente, t. VI, pág. 5182).

En definitiva, a través de las citadas medidas se procura conceder preferencias concretas que compensen y equilibren la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre ciertos grupos sociales, permitiendo con ello alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades (conf. mi voto en causa B. 62.599, "Rusiani", sent. del 5-IV-2006).

Surge del texto transcrito la necesidad inexcusable de proteger al niño en situación de desamparo,

durante todos los tramos del embarazo de la madre. A la vez cabe resaltar que éste importantísimo dispositivo constitucional consagra claramente con caracteres de originalidad la independencia de personalidad del niño respecto de su madre, de cuyo cuerpo a la luz de esta norma puede afirmarse sin dudas que no forma parte. Queda así notoriamente superado el retrógrado concepto que del concebido tenían antes del nacimiento los romanos, al considerarlo "mulieris portio vel viscerum". Se trata de dos personas distintas, enfatizándose el deber de protección del niño, por encontrarse éste en la máxima situación de desamparo que puede concebirse en casos como el que se presenta en autos.

Del juego armónico de las normas consagradas con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 C.N. (particularmente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. I-, Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3-, Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica -art. 4-, Convención sobre los Derechos del Niño -art. 6), que se integran y complementan entre sí revistiendo supremacía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, surge prístina la derogación de toda norma infraconstitucional que directa o indirectamente, expresa o tácitamente se le oponga. Queda así desplazada por su manifiesto antagonismo con las normas constitucionales la aplicación del art. 86 inc. 2 del Código Penal, máxime atendiendo a la secuencia temporal de sanción de las normas.

Pues ante este nutrido plexo normativo, resulta inviable la pauta penal que se pretende aplicar en estos actuados dada su tácita derogación por la adopción de los concluyentes principios ya detallados (conf. Doct. mi voto en Ac. 95.464, sent. del 27/VI/2005). Los que, por cierto, a la par de su máximo grado axiológico, se encuentran receptados positivamente en normas cuyo rango formal y lógico resulta superior al del citado artículo del código Penal.

Dada entonces la existencia de un conflicto normativo entre previsiones de distinto orden, atento la incompatibilidad de los contenidos proposicionales de la mentada cláusula y del plexo jurídico precedentemente mencionado, se impone su superación mediante la preferencia de aquellas normas a las que el propio ordenamiento les reserva una gradación jurídica superior -conf. Art. 31 y 75 inc. 22, C.N.- y que, en el caso, son temporalmente posteriores; con la consecuente restricción en la aplicabilidad del precepto de derecho preterido por la supresión de su capacidad reguladora (ver sobre este tópico, entre otros, Gascón Abellan, Marina, "Cuestiones sobre la derogación", Doxa n° 15-16, 1994, p. 845, Alicante, España; Guarione, Ricardo Víctor, "Después, mas alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativa, Doxa, n° 24, 2001, pág. 547; "Ley especial, posterior y superior. Clasificación y preferencia en la interpretación jurídica", La Ley, suplemento del 10-VI-2003).

"Cuando nuestro estado se hace parte en un tratado que discrepa con una ley anterior -dice Bidart Campos- nos hallamos ante un caso típico de ley que, sin ser originalmente inconstitucional al tiempo de su sanción, se vuelve inconstitucional posteriormente al entrar en contradicción con una norma ulterior (tratado), que para nosotros reviste jerarquía superior a la ley. Hay quienes dicen, en ese caso, que más que de inconstitucionalidad sobreviniente, hay que hablar en la hipótesis de 'derogación' de la ley anterior por el tratado posterior que la hace incompatible con sus disposiciones" (cfr. Manual de la Constitución Reformada, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 413).

Los dispositivos individualizados de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional arriba citados, revisten operatividad plena por lo que no pueden ser soslayados en su aplicación, sin incurrir por ello en responsabilidad internacional.

En efecto, el derecho de marras está declarado en normas operativas, carácter que debe presumirse, a menos que la índole programática de la norma se desprenda de la misma, lo que entendemos no acontece en la especie (conf. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III, Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución, EDIAR, Bs. As., 1989, p. 128).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido al respecto que ello es así "porque en todo caso, la inexistencia de reglamentación legislativa tampoco obstaría a su protección pues en materia de

derechos humanos ello no es requisito indispensable (Fallos 239:459 y 241:291, entre otros)" (Fallos 317:247, consid. 14 de la mayoría).

En un mismo orden de ideas, "debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos a que ese tratado contemple, siempre que -como en el presente- contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso" (Fallos 315: 1492, consid. 20 del voto de la mayoría).

Por otra parte, y aún en el caso que así no se lo considerase, cuando los Pactos aluden a que los Estados partes deben adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ellos consagrados (vgr. art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su par del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en cuanto referencia medidas de otro carácter diferentes de la leyes, se advierte claramente la inclusión de sentencias.

Entonces de ello se sigue que "los estados parte se obligan a que sus sentencias... provean a la aplicación de los pactos, reconociendo, garantizando y facilitando el ejercicio y el goce de los derechos que ellos declaran. En suma, los tribunales judiciales son órganos del estado, y sus decisiones son actos de poder estatal vinculados por el tratado. Subyace en esta idea la de que si, acaso, un estado no adopta las medidas legislativas necesarias a que queda obligado, otras medidas de otro carácter, como las sentencias, tendrán que remediar la omisión, suplir la ausencia de la ley, o conferir funcionamiento por sí mismas a las normas de los tratados" (Bidart Campos, Germán, op. cit. p. 129/130).

En definitiva, valga la pena reiterarlo, las prescripciones internacionales antes señaladas son de aplicación directa e ineludible en autos.

IX.- En este punto, considero necesario referirme a ciertas interpretaciones que se hacen del texto del Pacto de San José de Costa Rica, que por las razones que voy a exponer considero desafortunadas.

Dicho Pacto consagra el derecho de toda persona a que se respete su vida, exigiendo que la ley establezca esta protección en general a partir del momento de la concepción (art.4.1). La expresión "en general" se ha señalado que puede dar lugar a que existan excepciones particulares a un principio tan fundamental.

Obviamente el Pacto ha atendido a diversas regulaciones nacionales relativas a cada uno de los países signatarios.

Para aquellos Estados que no han conferido al derecho a la vida una protección absoluta, como ocurre en el nuestro, es claro que la ley puede establecer salvedades, pero también es prístino que este no es el caso de la Argentina.

Nuestro País, como quedó dicho, protege la vida desde la concepción con jerarquía constitucional, lo que ha hecho caer e impide para el futuro la vigencia de todo texto legal que contradiga ese principio.

Por ende resulta improcedente pretender que por vía de esa expresión contenida en el Pacto renazca una permisón que ha perdido toda actualidad.

Es inadmisibles intentar vincular el Pacto con una disposición infraconstitucional derogada, sorteando la presencia de normas constitucionales específicas que obstan toda posibilidad de existencia de aquéllas.

El llamado Pacto de San José de Costa Rica no constituye un instrumento jurídico aislado, sino que por el contrario se inscribe dentro de un sistema constitucional al cual debe sujetarse armónicamente.

Por lo tanto no podría hacerse una interpretación del mismo que pase por encima de la barrera que representa dicho sistema y sus principios fundantes, pretendiendo la aplicación de una norma infraconstitucional, que por su incompatibilidad con aquéllos se encuentra derogada.

Esto es así con mayor razón cuando la norma con que se receptó el tratado de jerarquía constitucional que tuvo adopción más reciente en materia de derechos humanos, la llamada Convención sobre los

Derechos del Niño (Ley 23.849), sancionada el 27-IX-1990 y publicada el 22-X-1990, define al niño como "todo ser humano desde el momento de su concepción ..." (art. 2 de la ley que contiene tal reserva y declaración) reconociendo en el texto mismo de la Convención "el derecho intrínseco a la vida" (art. 6), sin recortes de ninguna naturaleza, dejando así clausurado el ingreso de toda otra interpretación al respecto.

El bloque de constitucionalidad conformado en torno al art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna reviste indudable carácter de orden público que no puede ser horadado por eventuales declaraciones, aunque ellas provengan de organismos internacionales reconocidos, ya que los mismos no poseen virtualidad modificatoria de cláusulas que establecen derechos humanos elementales, que no pueden ser soslayados.

Nuestro país ha priorizado el derecho a la vida y marca rumbos en esa materia dentro de la comunidad internacional.

Quizás otros países han optado por soluciones menos humanas, y al no existir dentro de su normativa interna disposiciones que opongan un valladar al progreso de excepciones a la protección general de la vida humana, posibiliten el progreso de las mismas respecto de esos derechos que adquieren así un carácter relativo. Pero ese no es el caso de nuestro país, donde el derecho a la vida está consagrado con tal fuerza que no admite su supresión en ningún caso, lo que hace que resulte plenamente aplicable a su respecto el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que expresamente establece que la Convención representa sólo un piso, pero que no puede "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados" -inc. b)-, ni "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano ..." -inc. c)-, ni "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" -inc. d)-.

De modo similar la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 41 el respeto por las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño, sea que estuvieren recogidas en el derecho de un Estado parte o en el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Con ello, no se ha hecho más que consagrar positivamente el principio pro homine, el cual resulta "(...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre" (Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163").

Tal principio, según el parecer del doctor Bidart Campos, junto con sus similares pro actione y pro debilis, integra el principio de centralidad de la persona humana, en tanto "(...) los tres convergen a aplicar la Constitución y los tratados internacionales de jerarquía constitucional de tal modo que: a) se busque y elija la fuente y la norma más favorables, en un sistema personal e institucional para el sistema de derechos; b) se abra con fluidez el acceso a la justicia para que el justiciable y su pretensión logren, mediante la legitimación y el desarrollo del proceso, una sentencia justa, oportuna y eficaz; c) por último, los conflictos entre partes en disputa requieren que, en la relación entre ambas, se tome muy en cuenta al justiciable que se halla en inferioridad de condiciones, que es más vulnerable, o que no está en situación de igualdad real con su adversario" (Bidart Campos, Germán J., "El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos", [www.bibliojuridica.org/libros/3/1088/4](http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1088/4).)

Es notable que nuestro orden jurídico consagra condiciones más favorables a la protección de la vida

humana que el propio Pacto de San José de Costa Rica, ya que no hace ninguna excepción particular a la protección de la vida de toda persona, por lo que dicho orden normativo basado en la Constitución y las normas internacionales que ella establece con igual rango no puede sufrir mengua alguna en su extensión.

En análogo sentido se ha dicho que "(...) nada obsta a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales. Aún las sentencias judiciales que reconozcan un alcance más amplio deberían prevalecer (...) (Pinto, Mónica, op. cit.)

Queda así reafirmado que en esta temática es nuestra Constitución la suprema juridicidad por lo que sin duda intentar reinstaurar la vigencia de un artículo que como el 86 inc.2° contraría su letra y espíritu, implica lisa y llanamente desconocerla.

Resulta del caso frente a ello recordar aquella frase de Manuel Belgrano inscripta en el Monumento a la Bandera en Rosario, cuando dirigiéndose por oficio desde Jujuy a la Junta de Gobierno, el 28 de julio de 1812 señalaba "Cuan execrable es el ultrajar la dignidad de los pueblos violando su Constitución".

X.- Queda así categóricamente afirmado en nuestro derecho positivo que todo ser humano -que es persona desde el momento de su concepción-, tiene derecho a la vida (que le es inherente como tal) y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Por ende el niño tiene derecho a la vida y tiene personalidad jurídica.

No es por ello de extrañar que como corolario de lo expuesto la recientemente sancionada ley nacional 26.061, texto que por su novedad y por la generalidad de su aplicación como norma tuitiva del interés superior que consagra, implica la derogación de toda ley anterior que se le oponga, expresamente dispone en su art. 8 la tutela al derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien en algunos casos se hace referencia a la persona, a la persona humana, al individuo, al niño o niña, a los adolescentes, o a todos, lo que queda en claro es que el sujeto pasivo de la protección es todo ser humano, o si se quiere todo el género humano, sin distinciones de ninguna clase.

Frente a lo expuesto no deben caber vacilaciones en consagrar, como principio esencial del derecho y en particular del derecho a la vida, la vigencia irrestricta del principio de "in dubio pro vida".

XI.- En el caso concreto que aquí se somete a decisión judicial, la progenitora de la menor madre requiere se determine "si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebé que está por nacer" (fs. 6). Luego la misma refiere ante la jueza interviniente que "por la salud de su hija no va a permitir que lo tenga. Que su hija no puede trabajar para mantenerlo y ella tampoco" descartando expresamente la entrega del bebé en adopción (fs.51).

XII.- Más allá de ello coincido plenamente con el pensamiento que en su momento, con singular claridad, expresó el Tribunal Constitucional Colombiano en la sentencia C-013/97 -citado por Lopez Morales J. "Antecedentes del Nuevo Código Penal", Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, p, 30, citado a su vez por Codesido, E. en "El Aborto Eugénico: una discriminación insubsistente.", (ED, rev. Del 30/XII/2004, p. 12-), quien sostuvo que "el ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima -la más indefensa e inocente- del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir que expíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de la progenitora -en el presente caso aún mas grave: su abuela- la oportunidad de vivir. Se confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con la maternidad. Mientras la primera ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre... Pero, aún

admitiendo en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descriptos implica agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida que está por nacer."

XIII.- Esta solución se condice con el principio "pro homine" que informa toda la normativa de los derechos humanos, según lo decidido y actuado por nuestra Corte Suprema nacional in re "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S." -sent. del 5-III-2002-. "En tal sentido -refirió dicho Tribunal en el fallo antes citado- cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145 -La Ley, 1997-F, 697; DJ, 1998-1-404; IMP, 1998-A, 637-).

La propia Corte federal ha declarado "que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112 -La ley, 1981-A, 401; 1987-B, 311-; 323: 1339). En la causa "T., S.", de la misma Corte "ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes -La Ley, 1993-D, 130; DJ, 1993-2-499-)." (CSJN, "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S." -sent. de 5-III-2002).

XIV.- Volviendo al caso en tratamiento, y con plataforma en la doctrina judicial antes citada, se impone preguntarnos si es un acto justo de reparación del monstruoso delito de violación -aunque esté corroborado en su comisión- dar muerte a un ser inocente e indefenso; porque, qué es si no el aborto. Cabe reflexionar en sintonía, qué culpa tuvo el nasciturus de ese hecho aberrante como para sancionarlo con la pérdida de su propia vida. O quizás neciamente nos contentemos con entender que desaparecida la consecuencia se desvanece igualmente la causa que la originó.

XV.- Advierto que en las presentes actuaciones existieron ciertas circunstancias que me veo en la obligación de puntualizar, ya que hacen a la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio de la persona del menor.

La postura de la Dra. Ozafrain de Ortiz, representante promiscua de la menor L.M.R., aun soslayando el resultado arribado en el análisis de la incompatibilidad de lo normado en el art. 86, inc. 2, del Código Penal con relación a los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución nacional) que efectué en el punto, no se ajustó en la actuación a las necesidades perentorias de una tutela acorde con el matiz particular que debe conllevar una menor de edad con problemas mentales que se encuentra en los umbrales de la maternidad sino que -por el contrario- la representación se asentó -principalmente- en una base dogmática relativa al "derecho que le confiere el art. 86 inc. 2° C.P." a la "progenitora (mayor de edad)" (fs.41 vta.).

Al respecto, basta con observar que en su presentación ante la Jueza de Menores, tanto la dimensión de la problemática humana que el caso implica (la existencia del nasciturus, una menor con deficiencia mental y una violación) y, específicamente, todo lo concerniente a la menor que representa (que debe tener su origen en el conocimiento acabado de la realidad de la menor a fin de tutelar con la mayor integridad posible su vida), se ve eclipsado -en la mayor parte del escrito- por una estricta subsunción del caso a una norma jurídica, desarrollando la descripción del tipo penal y los requisitos para los cuales resultaría viable (v. fs.42/44).

Podría explicarse esta circunstancia, aunque no justificarse, debido a la premura del caso, tal como la funcionaria lo alude al comienzo de su presentación. Pero resulta que su postura -reitero prioritariamente dogmática- no cesó en el resto de sus intervenciones.

Cabe en este sentido señalar que la funcionaria se presenta sin haber tenido acceso al expediente para expresar su opinión (fs. 41), y en rigor sólo expresa la de la madre de la embarazada.

Limitándose como quedó dicho al mero análisis dogmático de la norma, la señora Asesora de Incapaces prescinde de todo análisis en el caso concreto de cuál es el interés superior de su representada, optando por el camino fácil de reclamar se permita a los facultativos ejercitar libremente el aborto que en su concepto la norma cuestionada habilita.

Nada dice sobre en qué medida la práctica de un aborto puede afectar a la embarazada, ni cómo puede incidir en su vida actual ni futura la maternidad.

Si bien en el concepto de la representante de la menor debe prescindirse de "cualquier criterio personal sobre cuestiones relativas al aborto" en la causa, es claro que ella incurre en lo mismo que critica, tomando abierto partido por una solución cuya bondad para la menor no justifica.

Analiza y preconiza sólo una de las alternativas posibles para su representada, el aborto, y no la de llevar adelante su maternidad, la que no demuestra ni intenta hacerlo, que sea una solución inconveniente. Máxime que implica exceptuarla de incurrir en una conducta que, aunque alega se encontraría justificada en la ley, produce sin dudas una grave lesión al bien jurídico protegido que es ni más ni menos que la vida.

Respecto de la intervención de la señora Procuradora General advierto que la misma incurre en igual omisión. Lo que resulta más grave en tanto su intervención constituye el vértice en el cual convergen las posturas de todos los integrantes del Ministerio Público, siendo que estas -pese a que se presentan como francamente antagónicas-, por provenir de funcionarios de instancias inferiores quedan subsumidas a la postre en el criterio establecido jerárquicamente. Ello debido a la estructura orgánica de la Procuración General.

Tal circunstancia resulta de grave derivación institucional en tanto impide desarrollar cabalmente la defensa en juicio, en este caso, del nasciturus, que de verse representado ante una instancia superior a la presente, debería serlo por un representante que actúe sus intereses.

Finalmente no quiero dejar de señalar lo que considero una interpretación que por desbordar el marco de la cuestión discutida en la causa, considero una extralimitación en la intervención que le compete, al sostener que la norma derogada cuya aplicación pretende "exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual" (fs.158 vta.)

Dicha aseveración general -que por ello excede el marco de esta litis- puede traer aparejado que la representante del Ministerio pupilar, jerárquicamente subordinada a la Procuradora de esta Corte, desista eventualmente de continuar con la defensa del niño por nacer, por la razón apuntada, absteniéndose de interponer el recurso extraordinario federal en un caso estrictamente constitucional e impidiendo a nuestro Máximo Tribunal nacional se expida, como casación constitucional, en un tema tan vital y de singular carácter. Por otra parte, ante eventuales planteos futuros similares al ahora en tratamiento, dado los términos en los que se expide la señalada funcionaria, produciría iguales efectos a los descriptos, coartando ab initio toda posibilidad de defensa del nasciturus, lo que sin duda es contrario al principio de defensa en juicio y al acceso a la Justicia (arts. 18, C. N; 15 C. Prov. de Bs. As.).

XVI. Considero oportuno reseñar que las presentes actuaciones tuvieron inicio, más allá que la progenitora de la menor madre requiriera "saber si es posible interrumpir el embarazo" (fs. 6) por la discapacidad que padece su hija como por la imposibilidad de hacerse "cargo del bebé que está por nacer" (últ. fs. cit.), debido a la oportuna intervención de la agente fiscal que tuvo legal conocimiento de lo planteado por la madre de la menor (fs. 37).

En ese sentido, atento lo dispuesto por nuestra Carta magna nacional y los Tratados con jerarquía constitucional a ella incorporados (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.) denunció como de dudosa

constitucionalidad lo normado en el art. 86 inc. 2 del Código Penal (fs. 37), introduciendo así una cuestión constitucional cuyo abordaje y dilucidación corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional (art. 57 de la Const. de la Prov. de Bs. As.).

Y como ha quedado expuesto en los respectivos acápite precedentes, el precepto contenido en el digesto penal, por las razones allí expresadas, ha perdido operatividad legal por contraponerse con textos normativos de mayor jerarquía (art. 31 de la Const. nac.).

De allí entonces que dado la derogación tácita de la norma de marras deviene innecesario toda clase de consulta judicial que en el futuro se formule por similar cuestión.

Ello no conlleva que se cercene la actuación del ministerio pupilar en defensa de los derechos del por nacer. Antes bien por imperativo constitucional (art. 57 de la Const. de la Prov. de Bs. As.) se impone tal temperamento, conforme lo hiciera en estos autos la representante del Ministerio Público.

Finalmente señalo que lo aquí expresado, y más allá de las diferencias fáctico legales, se enrola con lo oportunamente afirmado con relación al llamado aborto terapéutico (art. 86 inc. 1 del Código Penal) en cuanto si lo que se requiere es una autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial. Si lo que se reclama en cambio es la autorización para incurrir en una conducta que prima facie encuadraría en un tipo penal -como en presente caso por lo antes aseverado-, 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 G. "Autorización solicitada para abortar", nota a fallo en ED 114-184; mi voto en Ac. 85.566, sent. del 25/VII/2002; Ac. 95.464, sent. del 27/VI/2005).

XVII. No puedo dejar de mencionar las conclusiones extraídas de la audiencia donde tuve oportunidad de conocer a la menor madre.

Me encontré allí con una adolescente que presenta un apreciable retraso mental respecto a su edad real, quien no exteriorizó para mi percepción ningún signo de premuras ni angustias, irradiando una presencia alegre, ingenua y bondadosa. No advertí que tuviera conciencia de su embarazo, sobre el cual no inquirí por indicación de la psicóloga allí presente, y por las condiciones en que se realizó la audiencia, no del todo adecuadas en mi leal saber y entender, seguramente debido a la prisa con que la misma se llevó a cabo. Si bien es claro que tendrá marcadas dificultades para llevar adelante su rol de madre, no parece que sea incapaz de brindar afecto a su hijo y de encontrar en la maternidad un hecho motivador que le permita adquirir cierta madurez en su personalidad, por lo que -con las limitaciones que reconozco en cuanto a la provisoriedad de esta apreciación frente a la ausencia de una opinión técnica psicológica sobre el tema- considero que debidamente asistida podría rodearse al por nacer de un ambiente familiar idóneo.

Por cierto en la entrevista estaba presente el hijo al que a diferencia de su madre no pude conocer.

A fin de tomar ese conocimiento de la situación del nasciturus, es que he planteado al tribunal superior que integro, en el Acuerdo Extraordinario del día 30 de julio del presente año, la realización -de manera urgente- de una ecografía tridimensional a la menor L.M.R. con relación a su embarazo.

Esta petición tenía su fundamento procesal en las facultades ordenatorias e instructorias del art. 36, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial, y en las siguientes normas sustanciales: art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (con rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Const. Nac.), y en los arts. 2, 24 y 27 de la Ley 26.061.

Lamentablemente esta petición fue rechazada por la mayoría de los integrantes del tribunal con excepción del Dr. Domínguez (no participo de la misma el Dr. Mahiques).

La finalidad que buscaba con esa medida tendía a que, por un lado, previo al pronunciamiento de la sentencia, los ministros de este superior tribunal conozcan y tomen contacto con el cuerpito y la persona del nasciturus a través de la grabación de la ecografía tridimensional. Es que al posibilitar este medio tecnológico esa situación, se podría haber logrado la difícil efectivización de un derecho también reconocido para el nasciturus por el ordenamiento jurídico argentino: el derecho a que el niño sea oído y atendido cualquiera sea la forma en que se manifieste.

Por otra parte, también entendí que resultaba indispensable tomar conocimiento preciso del desarrollo del embarazo en la menor (tiempo del nasciturus, sexo y toda información que la ecografía y su consiguiente informe podían suministrar).

Ambos objetivos eran necesarios a los fines de resolver la presente causa con la mayor cantidad de elementos posibles.

Indudablemente, el derecho a ser oído que posee el nasciturus tiene particularísimas características, debido a la instancia en que se encuentra de su desarrollo humano, razón por cual es necesario precisar sus alcances.

La necesidad de oír al niño se encuentra consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12.1), con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), y en la Ley 26.061 (arts. 2, 24 y 27). Y, si tenemos en cuenta la reserva efectuada por la República Argentina al ratificar dicha Convención, respecto a "que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad", no tengo dudas de que el derecho a ser oído también debe hacérselo efectivo al nasciturus con sus particulares características.

En cuanto a los rasgos especiales que adquiere ese derecho en el nasciturus, principalmente dada su obvia imposibilidad de manifestación verbal, adquiere mucha significación lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes). Esta norma expresa que: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos" (el subrayado me pertenece).

Entonces, siendo que no estamos ante una causa relativa a la tenencia de hijos o régimen de visitas, sino que la misma se inició ante la remisión de unas copias de una I.P.P. por parte del Agente Fiscal al Tribunal de Menores, debido a la posible realización de un aborto eugenésico que consideró de "dudosa constitucionalidad", la decisión que adopte este tribunal superior -cualquiera sea el sentido de la misma- incidirá radicalmente en el destino del nasciturus, por lo que la manifestación de los movimientos de su cuerpo y el sonido de los latidos de su corazón, que la ecografía tridimensional facilita, pueden ser idóneos a los fines del art. 2 de la ley 26.061.

En este sentido, resulta plenamente compatible con lo expuesto por esta Corte con motivo de la interpretación del art. 50 del decreto ley 10.067, cuando siguiendo el voto del Dr. Hitters (conf. causas Ac. 56.195, sent. del 17-X-1995; Ac. 71.380, sent. del 24-X-2000), entendió que la imposición normativa de "tomar conocimiento personal y directo del menor, bajo pena de nulidad", importa -bajo la luz eminentemente tuitiva que caracteriza al régimen de menores (debido a la reforma constitucional de 1994 y la consecuente incorporación de los pactos internacionales)- que "atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad (...) será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido, el niño necesita la mirada de su juez" (conf. causa Ac. 56.15; el resaltado me pertenece).

Este precedente de esta Suprema Corte coincide con el sentido de la petición realizada, e igualmente con lo dispuesto en la presente causa, con respecto a la necesidad de tomar conocimiento personal de la menor L.M.R., lo que se ha efectivizado hace unos días atrás.

Por otra parte, también consideré que el conocimiento de toda información relativa al desarrollo del embarazo, principalmente, el tiempo del mismo, se tornaba necesaria para la evaluación del caso.

Pues bastaba con observar el abanico de posturas expuestas ante esta instancia extraordinaria, como también otras que podrían adoptarse, entre las que posiblemente o no puedan hallarse las que consideren la viabilidad del art. 86, inc. 2, del Código Penal, para lo cual entraría en juego en esa instancia de análisis, el riesgo o no de practicar un aborto en la salud de la madre a partir de conocer el

tiempo de desarrollo del nasciturus.

Entonces, también este motivo coadyuvaba a la realización de la ecografía tridimensional junto con la necesidad de efectivizar el "derecho a que el niño (nasciturus) sea oído y atendido cualquiera sea la forma en que se manifieste".

Frente a estos argumentos expuestos, los ministros que desestimaron la medida esbozaron diversas objeciones, que -esencialmente- son las siguientes:

a) razones de efectividad de la tutela judicial aconsejan no extender un proceso que ya transitó por dos instancias;

b) no se advierte la necesidad y conducencia de la medida para determinar extremos relevantes de la litis;

c) la orden de una práctica médica pertenece por vía de principio del arbitrio profesional de los galenos, no observándose razones para apartarse de este criterio;

d) las constancias glosadas en autos son suficientes para decidir en la causa;

e) que el nasciturus está representada en esta causa por la Asesora de Menores que participa en los actuados;

f) que no se poseen conocimientos médicos para interpretar la medida probatoria en cuestión;

g) imposibilidad mediante la práctica ecográfica de hacer cierto del deber de este tribunal de satisfacer el derecho del menor a ser oído;

h) y, finalmente, que existe en autos acreditada la realización de un estudio similar.

Si bien tal medida ya fue denegada y estamos en la instancia de resolución de la causa, no quiero dejar de manifestar ciertas consideraciones sobre esta situación que estimo de suma importancia.

La realización de una ecografía tridimensional se puede realizar sin demora alguna. Concretamente, en el transcurso del 31 de julio a la mañana, día posterior al Acuerdo Extraordinario, pudo haberse realizado la misma; para -luego- ser expuesta inmediatamente a los ministros (contestación a objeción del pto. a.). Pero, principalmente, reitero lo expuesto en la petición respecto a que la decisión que aquí se adopte "incidirá radicalmente en el destino del nasciturus", es decir, sin eufemismo: sobre su vida o muerte. Entonces, no sé si es necesario señalar que el tiempo que insume una mañana se relativiza en este contexto, donde lo que se encuentra en juego es quizá la última oportunidad de preservar la vida de quien sólo aguarda un breve período para asomarse al mundo.

En cuanto a que no se advierte que la ecografía podía determinar extremos relevantes de la litis (obj. pto. b.), creo que basta con reiterar uno de ellos a fin de evidenciar la improcedencia de la objeción: conocer al nasciturus mediante la vista y el oído, haciéndose efectivo un derecho de raigambre constitucional.

Tanto el punto c. como el f. hacen entrar la medida solicitada dentro de la órbita de la medicina. En principio, la finalidad que se expuso para la petición de la ecografía, tal como se pudo leer, estuvo lejos de ese ámbito, pretendiéndose utilizar solamente ese medio idóneo para los objetivos expuestos (contest. obj. pto. c.). En cuanto a que no se poseen los conocimientos para la interpretación de una ecografía (obj. pto. f.), cabe señalar que además de la fidelidad y claridad con se puede observar la fisonomía del nasciturus (es decir, según el grado de desarrollo, la forma de sus labios, nariz, boca, cabeza, dedos, manos, brazos, etc.) en una ecografía tridimensional (a diferencia de una tradicional), es de suponer que un simple asesoramiento con un especialista durante la observación de la grabación, evacuaría cualquier duda al respecto.

Asimismo, lo expuesto en este párrafo precedente, despeja en parte la objeción del punto h. A lo que es necesario agregar que la riqueza de información que suministra una ecografía descalifica la alusión a un estudio similar existente en autos, en el sentido de que en éste no consta todo lo necesario.

Respecto a que el nasciturus está representado por la Asesora de Menores que participa en autos (obj. pto. e.), indudablemente con esa afirmación se está obviando la trascendencia del derecho de raigambre constitucional que se ha expuesto con suficiente extensión.

Por último, en lo que concierne a la aludida ineficacia del medio técnico pedido para efectivizar el

derecho del menor a ser oído (obj. pto. g.), estimo que fueron suficientes los argumentos vertidos al respecto en el pedido, principalmente teniendo en cuenta el desarrollo relativo al contenido final del art. 2 de la Ley 26.061 y lo sostenido por esta Corte en la causa Ac. 56.195.

XVIII.- Advierto asimismo que en la causa se presentan como intereses contrapuestos los que persiguen tanto la madre del nasciturus como este último, siendo que en rigor hubiese sido necesario antes que buscar su enfrentamiento, procurar armonizárselos evitando su confrontación, ya que no hay absolutamente ninguna razón que haga presumir que el interés de la primera radique en abortar a su hijo, y no en darlo a luz asumiendo la maternidad dentro de sus humanas posibilidades, ya que el retraso mental no inhibe esta posibilidad y concebirlo de un modo absoluto como se hizo en sentido contrario sólo implica una actitud de discriminación hacia la capacidad diferente.

La progenitora de la menor madre sostuvo al momento de iniciar las presentes actuaciones que dada la discapacidad que su hija padece, "no se encuentra en condiciones de traer un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebé que está por nacer" (fs. 6) y que "por la salud de su hija no va a permitir que lo tenga. Que su hija no puede trabajar para mantenerlo y ella tampoco" (fs.51).

De tales manifestaciones no surge con nitidez si está exponiendo dificultades propias o de su hija, y si está velando por la salud de ésta o intentando prevenir impotencias laborales o económicas.

En cualquiera de ambos casos, la sociedad no puede permanecer impasible frente a la situación dramática que aquí se configura, ya que extremando los argumentos, podría entenderse que para la dicente supone una dificultad insalvable atender las necesidades más perentorias de su hija en la actualidad, las que se agudizarían con la llegada del nieto. Ello obviamente no es motivo para reclamar que se elimine a éste, cuando existen medios alternativos asistenciales para evitar tal actitud extrema, incluso llegado el caso hasta la propia entrega en adopción del nacido.

Esta última posibilidad no aparece como hipotética en el caso, por cuanto existen manifestaciones concretas en el expediente con pedidos de adopción del niño a nacer (fs.203, 204 y 267).

Y si nos atenemos a la constancia de fs 50, la menor madre manifestó ante la Jueza de Menores que "porque me tienen que sacar el bebé que tengo acá, me tienen que hacer un raspado" ... "sino lo quiero dar", lo que evidencia tal posibilidad

En ese marco la protección integral de la familia y la realización concreta de los derechos del niño consagrados constitucionalmente imponen que se adopte un temperamento similar al recientemente acogido por este Tribunal (Ac. 98.260, sent. de 12-VII-2006), donde no se dejó abandonado a su suerte a un discapacitado, más allá de las causas que generaron su situación, sino que se señaló al Estado cuáles eran sus deberes insoslayables en situaciones como las que aquí tratamos.

Con un sentido similar, el Máximo Tribunal Federal, aún cuando se declaró incompetente para entender en el proceso de amparo incoado por el actor con el fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones de los organismos competentes del Estado nacional, provincial y la Municipalidad de Quilmes que hacen que sus hijos padezcan un grave estado de desnutrición y se lleven a cabo las acciones necesarias para superarlo, juzgó que mediaba suficiente verosimilitud del derecho y, en particular, peligro en la demora, por lo que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y condenó a la Provincia de Buenos Aires y al Municipio de Quilmes a que provea a los menores involucrados los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de su salud (R. 1148 XLI. "R. , K. Ver{única c /Estado nacional y otros s/acción de amparo", sent. Del 7-III-2006; Q. 103. XLI. "Q. , A. J. c/Buenos Aires, Provincia de s/amparo", sent. del 11-VII-2006).

Eliminar personas como forma de solucionar los problemas cotidianos que genera su existencia no resulta de ningún modo una actitud aceptable en un mundo que pretende ser humanista, tolerante y civilizado, y que -al menos así lo declara- rechaza enérgicamente volver a prácticas ya superadas que condujeron a los crímenes más aberrantes, como nos ilustran muchos sucesos acaecidos durante el siglo pasado y lamentablemente en lo que va del presente, donde se asesinó indiscriminadamente a

inocentes, muchos de ellos niños, alegándose en todos los casos que se lo hacía para salvaguardar principios "superiores. Particularmente elocuente es el caso de una ministra de un país africano que manifestándose personalmente a favor de conseguir librarse de una determinada etnia, agregó que sin esa etnia todos los problemas de esa país desaparecerían.

Con la solución que se trae se pretende también, sacrificando y en definitiva masacrando al por nacer, como ocurriría en los ritos tribales más primitivos, que mágicamente desaparezcan los verdaderos problemas, aunque en la dolorosa realidad ellos subsistan: la violación, el violador, la discapacidad, los problemas socioeconómicos que afectan a este núcleo familiar y las relaciones intrafamiliares.

Cuando como se ha hecho habitual escuchamos noticias dolorosas que hacen referencia a la muerte cotidiana de niños como consecuencia de enfermedades, hambre y ataques armados, nos alarmamos y sentimos particular angustia cuando vemos las imágenes de sus cuerpecitos exánimes muchas veces mutilados.

Nuestra Constitución es el escudo jurídico protectorio contra el avance de un mal, que alguien conceptualizado como una de las máximas autoridades mundiales en teoría del derecho, Günter Jakobs no ha dudado en calificar como de "alarmante crecimiento": el aborto en el mundo (sobre todo en Estados Unidos, China y Europa), considerando que tal cuestión, junto con la absoluta destrucción del concepto de familia permiten vislumbrar "que todo puede empeorar" (Diario La Nación, 26-VII-2006, Los intelectuales del mundo y La Nación).

Es que nuestra Ley Suprema no se ha limitado sólo a recoger algunos principios que hacen a los derechos humanos sino todos ellos, particularmente el derecho a la vida, rechazando así el ingreso de una de las pretensiones más inhumanas: la de aniquilar vida inocente.

En efecto cabe señalar -conforme los propios términos de la Corte nacional in re "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S.", sent. de 5-III-2002- "que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es 'deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos' (O.C. 11/90, parágrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos: 319:2411, 3148 -La Ley, 1997-A, 227; DJ, 1997-1-506; La Ley, 1997-C, 150- y 323:4130)".

Por otra parte, el art. 14 de la ley 26.061 determina que "toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas" (el remarcado es propio).

La misma Corte nacional ha reafirmado el derecho a la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (causa Campodónico de Beviacqua, A. C. contra Ministerio de Salud y Acción Social, sent. de 24/X/2000, considerando 16°).

Frente a situaciones como la que aquí se presenta creemos firmemente que la solución no estriba en que los representantes del Estado se compadezcan por los sufrimientos que ella conlleva y por las carencias socioeconómicas que la agravan sino que se impone que con sentido docente y con la práctica de un activismo solidario que vaya más allá de las declamaciones, proclame su firme adhesión al principio de defensa de la vida y lo robustezca asumiendo lo que alguien denominó "efectividades conducentes": prestando apoyo médico terapéutico a quien atraviesa la situación crítica, protegiendo la vida del por nacer, y para el caso eventual de que la maternidad no se desee o pueda ser asumida por la madre biológica, se intente a través de los organismos asistenciales encontrar una familia sustituta que mediante mecanismos como el de la adopción puedan procurar la protección y

formación integral del niño gestado.

No parece coherente que, enfáticamente por una parte como se lee en los periódicos se busque eliminar por las autoridades nacionales la pena de muerte del viejo Código de Justicia Militar (diarios Página 12 y Clarín, del 28-VII-2006) -aspiración en la que coincido plenamente- y por la otra se pida desde otros sectores con la misma o mayor energía la pena de muerte para un ser inocente, que es necesario ponerlo de resalto ya vive; ya siente y sufre; ya es persona; ya podría ser identificado con nombre y apellido; ya está llamado a tener una vida plena; ya es único, irrepetible y tiene un destino trazado, del cual se lo quiere apartar abruptamente, sumando otra violencia incalificable a la violencia también incalificable que se invoca como cometida respecto a la persona de la madre, robusteciendo así la cadena de desencuentros humanos que tanto daño hacen al mundo actual.

Antes que reclamar airadamente la muerte del niño por los supuestos problemas que su nacimiento podría traer a la madre gestante habría que brindarle una concreta solución a los mismos, ya que la sociedad no tiene el derecho de indignarse frente a la situación que se le crearía, más que cuando ha hecho por sí misma todo lo que de ella dependa para hacer que aquellas dificultades no se produzcan.

Se ha tornado una recurrencia reiterativa alegar la defensa de los derechos de aquellos que carecen de recursos, enumerando todo lo que están impedido de hacer en razón de esas carencias, compadeciéndose por la situación desesperante a que ellas los conducen, sin arbitrar los medios para que puedan superarlas al menos en sus requerimientos mínimos y no caigan en verdaderos estados de necesidad que pueden conllevar hasta la tentación de matar para sobrevivir.

Se ha podido así llegar al paroxismo de afirmar que matar un ser humano como es el nasciturus (aunque se camufle dicha acción bajo el ropaje engañoso de "interrupción del embarazo") es un derecho esencial, y hasta se llega al absurdo de pontificar que cometerlo es un imperativo de sentido común y obedece a razones humanitarias.

Se atestigua desde la función pública que se tiene conocimiento de la realización diaria de miles de abortos en la clandestinidad, pero nada se dice de las medidas efectivas que se adoptan para denunciar y perseguir a los profesionales de la salud que los practican, y por enseñar a los jóvenes las responsabilidades que surgen de los propios actos y el valor que debe otorgarse al surgimiento de una vida.

Se exige a la justicia rapidez, pero no para salvaguardar una vida inocente sino, por el contrario, para aniquilarla.

Se exalta el valor de una libertad irrestricta, no advirtiendo que la de cada uno tiene un preciso límite: aquél donde comienza la del otro.

Quiero dejar resaltado que en el caso de ninguna manera el objetivo de poner énfasis en la inviabilidad de la permisión del art. 86 inc.2 Código Penal, persigue la aplicación de una pena, sino el objetivo altruista de poner a salvo una vida humana.

XIX.- No tengo dudas de que hoy existe un derecho que la sociedad debe necesariamente reconocer a la mujer violada, de rechazar la maternidad del ser que coadyuvó a engendrar contra o sin su voluntad, y a no asumir las graves obligaciones consecuentes, pero de ningún modo a terminar con la vida del mismo impidiéndole nacer y desarrollar su proyecto de vida, que como a todo ser humano le cabe.

Y desde este ángulo no está demás señalar algunos argumentos que reposan su mirada sobre las dificultades que generaría el permitir la maternidad a alguien que se encuentra impedida de poder ejercitarla en plenitud, como sería el caso de quien aquí exhibiría un retraso mental, olvidando que en muchos casos se ha optado por mantener incluso artificialmente la vida de la madre al solo efecto de posibilitar el alumbramiento de un hijo que de otro modo moriría (aún en casos en que la vida de la madre es absolutamente inviable), por lo que de trasladarse el razonamiento, ante la ausencia cierta de la progenitora en el futuro aquí también correspondería abortar al niño por cuanto obviamente la inexistencia de una mamá sería mucho más grave que la de tener una disminuida en su nivel mental. Sin embargo a nadie se le ocurriría sostener semejante dislate.

Siempre queda el recurso de la asistencia estatal como así también el mecanismo de la adopción, para

el cual como ya quedó dicho existen en el expediente ofrecimientos concretos.

Asimismo la situación revela una verdadera paradoja del mundo actual. Cuando hay muchos que recurren a medios extremos para crear vida, casi artificialmente, con costos físicos y económicos muy elevados, se están desechando existencias cuyos frutos lamentablemente nunca se va a poder evaluar cuales hubiesen sido.

XX.- Por ello, por aplicación de los principios de solidaridad social que rigen en la materia, resulta imperioso poner en conocimiento de la situación de autos al Poder Ejecutivo provincial a efectos de que, en razón de las circunstancias expuestas, tome la intervención que institucionalmente corresponda a fin de brindar asistencia psicológica, médica y material al grupo familiar del por nacer (conf. mi voto en Ac. 98.260, sent. de 12/VII/2006).

XXI.- Asimismo se instruye tome intervención el Tribunal de Menores que ha venido actuando en la presente causa, a fin de acompañar a la menor madre y verificar el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Voto pues por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Nos encontramos nuevamente resolviendo un caso que nunca debió llegar a estas instancias. Siento la necesidad de manifestar que cuando hay un ejercicio responsable de los derechos consagrados por nuestra legislación -tal como lo hicieron, respectivamente, la progenitora de L.M.R. y los equipos profesionales de la salud involucrados- la intervención indebida de los jueces no hace mas que distorsionar la percepción del paisaje normativo por parte de la ciudadanía, alentando la idea equivocada de que los agentes públicos tienen la potestad de tutelar las conciencias y las conductas privadas.

He de adherir al voto del doctor Genoud, con las consideraciones que a continuación expongo.

Antecedentes del caso.

I. La señora V.D.A., madre de L.M.R., se presentó (ver fs. 5) para denunciar que su hija de 19 años, que padece un retraso mental, se encontraba embarazada producto de un hecho de violación, que se describió como ocurrido -presuntamente- en el ámbito intrafamiliar.

Expuso que su hija le manifestó al ser interrogada al respecto que "el tío" "... la había acostado en la cama y la había sacado la ropa y que ella decía no, no tío, y él le decía yo te voy a hacer el amor, entonces él también se sacó la ropa. Que le abrió las piernas, le metió el pito en la cola ... que al rato le dijo ya está y le preguntó te gustó y ella respondió que no porque le había dado asco. Entonces ... el le dijo vestite y como ella no se vestía la terminó vistiendo él...". La señora A. expresó luego que "... solo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo...". Por último, manifestó su deseo de instar la acción penal (cf. fs. 5/6).

II. A fs. 12/15 se ha glosado el protocolo de abuso sexual practicado en la Delegación Departamental de Investigaciones I de La Plata (Dirección Científica Regional) suscripto por la Capitán Médico de Policía A. G.S. , del cual surgen como datos relevantes que L.R. presenta funciones intelectuales disminuidas, alteraciones en la memoria inmediata, pensamiento dificultoso, imaginación alterada.

III. A fs. 20 se incorporó el resultado positivo del análisis DAP-Test en suero, practicado sobre la paciente R. por el Laboratorio de análisis clínicos Guernica.

IV. A fs. 22 se glosó el reconocimiento médico efectuado por la Directora Asociada del Hospital Zonal General de Agudos doctora C.G. , del que se desprende que L.M.R. padece un retraso mental moderado secundario a encefalopatía hipoxémica. La incapacidad es descripta como parcial, permanente, se estima un 76% de incapacidad laboral y se asienta que no es posible modificar el diagnóstico con tratamiento adecuado.

V. A fs. 23 se aprecia un certificado suscripto por el doctor G. M. C. I. de neurología - neurocirugía, del mismo nosocomio que dictamina "Paciente en tratamiento neurológico por: retraso madurativo moderado. Lenguaje coherente. Lee con dificultad. Antecedentes de sufrimiento fetal por bajo peso al nacer (1200 gr.?). Asiste a escuela especial...".

VI. Consta a fs. 26 la copia del certificado de nacimiento de la menor L., hija de R.H.R. y de V.D.A.

VII. El titular del Centro de Asistencia a la Víctima de la Fiscalía General departamental, doctor Pedro Chazarreta, puso en conocimiento de la Asesora de Menores e Incapaces n° 2 doctora Laura Ozafrain de Ortiz, que la progenitora, la menor víctima y su hermana fueron entrevistadas por personal del equipo técnico de esa secretaría, manifestando -especialmente la primera- que dado la discapacidad de la menor y la situación particular de la familia, no desean continuar con el embarazo (v. fs. 46/47).

VIII. A fs. 34/35 obra el oficio dirigido al doctor Chazarreta por la Asistente Social de la misma Fiscalía General, Andrea Vazquez, quien dio cuenta de lo actuado hasta ese momento. De allí surge que la doctora Laura Ozafrain dio intervención al Defensor General Departamental, doctor Ozafrain, en orden a la manifestación expresa de la progenitora de la víctima de no continuar con el embarazo. Este último, luego de entrevistar a la madre y ser autorizado a realizar las gestiones necesarias al efecto, mantuvo comunicación con la Jefa de Ginecología del Hospital San Martín, doctora C. . La profesional médica refirió que no habría impedimento para la realización del aborto eugenésico sin autorización. Se informa que el 4 de julio del corriente L.R. fue internada para la realización de los estudios pertinentes y que se solicitó con carácter de urgente la reunión del Comité de Bioética.

IX. A fs. 37 la titular de la Unidad Funcional de Investigaciones n° 5, Sonia Leila Aguilar -quien tiene a su cargo la investigación por la denuncia de violación n° 307.639/06- resolvió remitir con carácter de urgente copias de esa I.P.P. al Juzgado de Menores n° 5 y a la U.F.I.; Juzgado de Garantías y de Menores en turno, con cita del art. 287 del Código Procesal Penal.

Para así resolver consideró "...que no sería de aplicación al presente caso lo resuelto por la S.C.J.B.A. en el Acuerdo N° 2078, ... ya que el aborto que se pretende ... se trata de un aborto eugenésico ... art. 86 inc. 2° del Código Penal". Agregó que la citada norma "... a la luz de la reforma Constitucional operada en el año 1994 resulta de dudosa constitucionalidad...".

X. La jueza doctora Inés Noemí Siro, titular del Tribunal de Menores n° 5 dio intervención a la Asesoría n° 2 por la nombrada R. y a la Asesoría n° 4 por la persona por nacer.

XI. La asesora de menores doctora Laura Ozafrain expuso que "... no resulta competente ningún juez para autorizar lo que la propia ley autoriza, ni para interferir en la efectivización del acto médico..." que los recaudos del art. 86 inc. 2° del Código Penal "... sin duda alguna confluyen en la situación de M., puesto que surge de la intervención de la agente fiscal, que la joven ha sido abusada sexualmente así como de la propia enfermedad mental..." y que "... en cuanto al grado de su enfermedad ... es el criterio médico el que debe primar para resolverlo, puesto que la norma no define el término ni lo remite a la existencia de una declaración jurídica previa" (cf. fs. 41/44vta.).

XII. La jueza Siro mantuvo contacto directo con la joven y una audiencia con la señora A. en la que ésta le relató los sucesos ocurridos a L. (fs 51).

XIII. La doctora Griselda M. Gutiérrez, titular de la Asesoría de incapaces n° 4, se presentó a fs. 54/55 y solicitó "Rechazar el pedido de interrupción del embarazo y se arbitren todas las medidas necesarias para amparar la salud psicofísica de la menor durante y después que se produzca el alumbramiento".

Si bien en su presentación afirmó que algunos supuestos de aborto "están alcanzados por una excusa absoluta", ellos -entendió- podrán ser opuestos en una investigación penal luego de cometido el hecho, pero no corresponde a ningún juez adoptar una decisión previa. Luego de esa aclaración sostuvo que ante la confrontación entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a la vida del niño por nacer debe prevalecer el último y a tal fin dejó "... planteada la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos, donde no está en peligro la vida de la madre, por importar una grave violación de derechos de base constitucional, en especial "el derecho a vivir ...".

XIV. A fs. 57/58 se ha glosado el informe de la perito psicóloga del Tribunal, Susana Beatriz Kormos. Dicha licenciada concluyó que L. "se trata de una joven con una deficiencia mental de grado moderado ... Con respecto a su nivel madurativo se estima (según la evaluación del Test de Bender), una edad mental de 8 años aproximadamente (3° año de escolaridad común).

XV. La jueza de menores resolvió no hacer lugar al pedido de autorización (nunca realizado) para efectuar practicas abortivas en la persona de L.M.R.

Para así resolver, consideró primeramente que el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación.

Al tratar este punto, efectuó citas pertinentes del voto del doctor Roncoroni en el precedente de este Tribunal Ac. 95.464, sent. del 27 de junio de 2005, y reconoce que allí "si bien se hace mención al art. 86 inc. 1° del CP, los conceptos son de aplicación, también al inciso 2° del mencionado artículo" (cf. fs. 62 vta/63).

Luego indicó que sin perjuicio de ello, "encontrándose en riesgo la vida, en este caso de un menor ... corresponde a esta magistrada analizar la cuestión" (fs. cit.). A continuación citó las normas de la Constitución Nacional y local que considera pertinentes y refiere a un párrafo del voto de la minoría en el precedente Ac. 95.464 citado.

En el considerando octavo aclaró que "no hay dudas que la joven ... es víctima de un abuso sexual, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra la nueva víctima inocente ... sino con una atención y contención de la joven abusada".

XVI. La Cámara interviniente confirmó a fs. 106/112 el pronunciamiento de origen. Para resolver de ese modo, sostuvo que pese a lo afirmado por la Asesora que representa a la menor L.M.R., "... existe una expresa solicitud por parte de la señora V.A. a los fines que aquí se discuten".

Agregó que "... ponderando que se encuentra controvertido el derecho a la vida, se impone recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda cobra absoluta prevalencia la Constitución nacional". A continuación, citó los numerosos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos incorporados tras la reforma constitucional de 1994 (art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño), e indicó que tales normas "... revisten entonces operatividad plena por lo que no pueden ser soslayadas en su aplicación, sin incurrir en responsabilidad internacional" (fs. 107 vta/109).

En apoyo de su postura, mencionó el art. 12 de la Carta local que consagra el derecho a la vida desde la concepción y el art. 63 del Código Civil que dispone que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Finalmente, concluyó que la reseña de las normas precedente "... autoriza a sostener que la protección constitucional de la vida ... se extiende desde el momento de la concepción a través de todas las etapas que el mismo transita a lo largo de su existencia..." (fs. 109 vta).

Adunó que no se advertían en el presente caso elementos que permitan sostener la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor que hagan necesaria la producción de pruebas complementarias y, por ende, confirmó el pronunciamiento apelado.

XVII. La asesora de menores que representa a la menor L.M.R. interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

a. Mediante el primero de los recursos (fs. 131/134) denunció la omisión de tratamiento de una cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución provincial, al soslayar el tribunal la aplicación del art. 86, inc. 2° del Código Penal, sin explicitar las razones de tal decisión que "priva a la menor de la autorización legal que dicha norma establece y se la somete a una previa venia judicial ... que la ley no exige" (fs. 131).

Al respecto, cuestionó que la sentencia desplazó la operatividad plena del art. 86 inc. 2°, pero no se expidió acerca de la vigencia de la norma ni su constitucionalidad, pese que ello fue materia de recurso ante la alzada.

b. A través del remedio previsto en el recurso de inaplicabilidad de ley (fs. 134/139) señaló que la Cámara vulneró el art. 86 inc. 2° del Código Penal, pues pese a que la menor reunía los requisitos exigidos por la norma para la realización de un aborto en los términos de la disposición indicada, el

tribunal le negó la posibilidad de realizar un acto permitido por la ley; máxime cuando -según se desprende de las actuaciones- "... nunca se formuló ante autoridad judicial ningún pedido de autorización para abortar ... ni puede ser condicionante del actuar médico (art. 19 de la C.N.)" (fs. 134 vta).

Y destacó que el tribunal "... ha tenido por expresamente cumplidos los aludidos recaudos, resultando inexplicable su apartamiento de lo establecido en dicho precepto jurídico cuya vigencia no ha sido desvirtuada en el fallo en crisis" (fs. 135).

También denunció la violación de la doctrina legal elaborada por esta Corte en la causa Ac. 95.464, del 27-VI-2005, en la que se resolvió un caso similar al presente, aunque con un resultado diametralmente opuesto. Agregó, al respecto, que si bien se analizó el inc. 1º del art. 86 del Código Penal, tal criterio puede hacerse extensivo al supuesto de autos, ya que entiende que "... han sido idénticamente valorados por el legislador nacional al incorporarlo en el mismo art. 86 ... que contiene los dos únicos supuestos en los que se despenaliza el aborto, tornándola una conducta permitida y lícita" (fs. 136 vta).

Finalmente, indicó que todas las referencias que hay en dicho precedente relativas al alcance del derecho a la vida son aplicables a estas actuaciones, y señaló que la Cámara no receptó la doctrina legal de esta Suprema Corte, sino que fundó su decisión en la opinión minoritaria.

Por último, hizo reserva del caso federal, y pidió que se disponga la aplicabilidad del art. 86 inc. 2º a fin de eliminar cualquier interferencia en la realización de la práctica médica destinada a interrumpir el embarazo.

XVIII. La asesora de incapaces en representación de la persona por nacer contestó el traslado del memorial de los recursos interpuestos y solicitó el rechazo de ambas impugnaciones y la confirmación de la sentencia recurrida (fs. 168/173).

XIX. La señora Procuradora General, doctora María del Carmen Falbo presentó su dictamen, considerando que asiste razón a la recurrente. Sostuvo la aplicación al caso del art. 86 inc. 2º del Código Penal al que reputó constitucional. Explicó su parecer acerca de que dicha norma debe interpretarse de acuerdo con la doctrina que considera impune el delito de aborto cuando el embarazo que se pretende interrumpir proviene de un ataque a la integridad sexual de la mujer y por último, consideró inexigible la autorización judicial para la interrupción de la gestación en los supuestos contemplados en el artículo citado (fs 151 a 164).

#### CONSIDERACIONES.

1. Corresponde poner de resalto que tal como ha tramitado el presente expediente, no se ha solicitado autorización judicial alguna para realizar la práctica abortiva, sino que se trató de una interpretación de los funcionarios judiciales intervinientes acerca de que debían adoptar alguna decisión frente a una situación de la cual habían tomado conocimiento. Debemos destacar también, que llega a ésta Corte sin discusión en ambas instancias previas el reconocimiento que estamos ante la situación de una joven violada que padece de un retraso mental.

2. Como surge de los dichos de la señora A. -madre de la joven víctima- en las distintas oportunidades en que fue entrevistada o citada a declarar, ella manifestó su deseo de interrumpir el embarazo de su hija producto de un hecho de violación, con el fin de proteger su salud y dada su incapacidad.

3. También fue escuchada la joven, circunstancia que fue referida por su Asesora, la doctora Ozafrain de Ortiz, el Defensor General, doctor Ozafrain, (quien particularmente desarrolló las acciones necesarias ante los profesionales médicos para proceder de conformidad con los manifiestos requerimientos de la señora A. y su hija) y la jueza de menores, doctora Siro. Además fue entrevistada por la Cámara y por este Tribunal.

4. Si bien este caso no es idéntico al resuelto por esta Corte en el precedente Ac. 95.464, sent. del 27 de junio de 2005, muchas de las consideraciones allí efectuadas resultan aquí útiles y aplicables.

5. El voto del doctor Roncoroni, cuyos argumentos he suscripto, (y al que concurrieron con matices

los jueces de Lázari, Soria, Sal Llargués y Piombo) al tratar el tema de la autorización judicial que en aquella oportunidad había sido expresamente solicitada se expidió con claridad en torno a su innecesariedad. Y se afirmó: "Es que el art. 86 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena. El artículo supone un acto en el pasado, que es juzgado de acuerdo a la forma en la que efectivamente se llevó a cabo. En el caso se pide a la justicia que diga si acaso un acto futuro, todavía no realizado, se ajusta a tal o cual norma del Código Penal. Que los actos se juzgan una vez cumplidos, es un principio que responde a una de las características definitorias de la tarea judicial, que a diferencia de la legislativa, no evalúa lo que todavía no ha sucedido. Pero además, en el caso de un delito, o de la eventual desincriminación de un acto, la autorización judicial se revela particularmente inadecuada."

6. Sin perjuicio de los distintos caminos que se siguieron en aquel caso y en el presente para llegar ante estos estrados, nuevamente ha de encontrarse este Tribunal ante la necesidad de adoptar una decisión.

7. Así pues, sobre el punto vinculado a la definición judicial de la cuestión he de insistir en que una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 del Código Penal, sólo puede concluirse que la actuación de los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial (cf. mi voto en el precedente citado). En tal sentido se han expedido amplios sectores de la doctrina (cf., entre otros, Bidart Campos Germán, "Autorización judicial solicitada para abortar", *El Derecho*, t. 114, p. 183; Gil Domínguez, Andrés, "El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial", *La Ley*, t. 2005-D, p. 664; Donna, Edgardo A., "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", *Revista de Derecho de Familia*, LexisNexis, 2006-I, p. 160).

8. En otro orden, cabe indicar de modo genérico, tal como afirma la señora Procuradora General, que la decisión atacada ha esquivado la fundamentación que requería la resolución adoptada.

El voto del juez Rezzónico -al que adhirió la jueza Bourimborde- efectuó una enumeración de normas a las que denominó "ordenamiento jurídico aplicable al caso de autos"; debajo de ese título transcribió normas de jerarquía constitucional nacionales y locales, el art. 63 del Código Civil y diversos párrafos del voto de la minoría en el precedente reiteradamente citado (Ac. 95.464) cuya aplicación al caso ya había descartado. Con sustento en el informe médico de fs. 49 consideró que "no se evidencian elementos de valoración que permitan inferir la existencia de riesgos actuales y/o futuros en la salud de la menor ... y que hagan necesaria la producción de medidas probatorias complementarias". Finalmente dijo: "Sólo resta subrayar que las consideraciones efectuadas precedentemente tornan abstracta toda resolución respecto de los reparos efectuados por la señora Agente Fiscal doctora Sonia Leila Aguilar a la norma del art. 86 inc. 2º del Código Penal" (fs. 111).

Así, el tribunal recurrido no ha reparado en efectuar un adecuado análisis de las circunstancias fácticas existentes en el expediente de acuerdo al encuadre de la situación en la norma invocada por la Asesora de la joven R. (art. 86 del C.P.).

Y ha desplazado inadecuadamente el razonamiento jurídico y el examen de dicha regulación legal vigente -aplicable al caso- pues el único instrumento con el que la Cámara podía soslayar su empleo era -si así lo consideraba- la declaración de inconstitucionalidad. Dicho aspecto no ha sido tratado, a pesar de la solución adoptada, ni se han considerado ausentes en el fallo los recaudos previstos en la ley citada.

No puede pasar desapercibido, por último, que en ese andar signado por la formalidad y despreocupación con la que se ha examinado el caso, la alzada ha estimado necesario responder los reparos constitucionales insinuados contra esa norma posiblemente determinante para decidir -considerándolos abstractos- por quien no resultaba parte en el proceso; aun cuando podía haberse

expedido -y debió hacerlo- de acuerdo a los requerimientos de las partes legitimadas.

9. De todos modos, ante la urgencia extrema que reclama la resolución del caso, no cabe, tampoco, detenerse en los serios defectos del pronunciamiento recurrido, sino abordar las cuestiones que posibilitan su definición; ello con arreglo a lo resuelto al tratar la primera cuestión sometida al acuerdo.

10. No desconozco el debate acerca de las aristas que presenta el art. 86 inc. 2º, norma cuyo examen han considerado pertinente las partes. Sin embargo, no advierto que la situación de este caso quede por fuera de los presupuestos de esa regla, sea que se adopte una interpretación amplia de los supuestos comprendidos en el inciso, o ya que se pretenda considerar que sólo un caso de impunidad del aborto ha quedado contemplado en dicha legislación.

11. El art. 86 del Código Penal establece en su segundo párrafo que: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Como señalé es un debate histórico si el inciso 2º de esta norma contiene dos supuestos distintos o uno sólo. Es decir, si se prevé por una parte la no punibilidad en el caso de que el embarazo provenga de una violación (llamado por la doctrina aborto "sentimental" o "humanitario"), y por otro se regula el caso de la mujer que haya sido víctima de un atentado al pudor y que presente las incapacidades mencionadas, (denominado aborto "eugenésico") supuesto en el que se exige consentimiento del representante legal para proceder; o si la ley establece como única causal de exclusión de la punibilidad del aborto el supuesto de una violación de una mujer idiota o demente.

12. Entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977, y Libertad de amar y derecho a morir, Ed. Historia Nueva, 3º edición, Madrid, 1929, p. 93; Molinario, Alfredo, Tratado de los delitos, Ed. Tea, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, 1996; Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. III, Ed. Tea, 11º reimpression total, Buenos Aires, 2000; Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 16º edición actualizada por Guillermo Ledesma, p. 82 y ss.; González Roura, Octavio, Derecho Penal. Parte Especial, t. III, Ed. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 38; Ghione, Ernesto V., "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", La Ley, t. 104, p. 777 y ss.; y más actualmente, Bujan, Javier y De Langhe, Marcela, Tratado de los delitos t. I, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 462 y ss.; Tabernerio Rodolfo, "El aborto por causas sentimentales", Jurisprudencia Argentina, t. 1990-IV p. 941 y ss.; y finalmente mencionaré a Cuello Calón, Eugenio, Tres temas penales, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, p. 85. En el prólogo de esta obra ha afirmado alejarse de ideas antes sustentadas. Ese autor generalmente había sido citado entre los adeptos de la tesis restrictiva (v. p. ej. Soler, ob. cit. p. 113 nota 52); sin embargo, la obra que ha servido de apoyatura, Cuestiones penales relativas al aborto, Ed. Bosch, Barcelona, fue publicada con anterioridad, en 1931.

13. Por su parte, entre los seguidores de la postura que considera que la norma del inciso 2º se refiere únicamente al aborto llamado históricamente "eugenésico" se encuentran Peco, José, "El aborto en el Código Penal Argentino", Revista Penal Argentina, t. VI, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, p. 185 y ss.; Núñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, t. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 390; Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico", Jurisprudencia Argentina, 1946-IV, p. 22; Daien, Samuel, "Carácter Eugénico del art. 86 inc. 2º del C.P." Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, t. XV, 1944, v. II, p. 373 y ss.

14. Los partidarios de la tesis unitaria han sostenido centralmente los siguientes argumentos:

a) Si el Código hubiese querido contemplar el caso de aborto de una mujer sana, cuyo embarazo

provenza de una violación -es decir, si hubiese querido distinguir dos supuestos distintos de sujeto pasivo- habría colocado una coma luego de la palabra "violación".

b) Cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido" involucra la interpretación unitaria, pues no podría haber exigido el consentimiento de un representante si la mujer es capaz.

c) Diversas razones vinculadas a la terminología utilizada por el legislador al hablar de "o de un atentado al pudor" y su equiparación con el "abuso deshonesto", según el texto originario del art. 127 del Código Penal.

d) Por último, se ha alegado que las razones que fundamentan el aborto "eugenésico" se encontraban presentes especialmente en la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado y que -según sus seguidores- resultan razonables, pero no se explican cuales son los fundamentos que permitirían aceptar la impunidad del aborto sentimental.

15. Para rebatir estas argumentaciones se han formulado sintéticamente las siguientes:

i) Se ha sostenido que este argumento parte de dos errores. El primero de índole gramatical y el otro, sobre la interpretación de la norma que fue utilizada como antecedente por la primera Comisión de Códigos del Senado, el art. 112 del Anteproyecto del Código suizo de 1916.

Por una parte, no resulta necesario agregar una coma para separar dos supuestos cuando se utiliza la conjunción disyuntiva "o". Esta cumple la función gramatical de la coma al separar los dos aspectos de la frase. Una coma en ese lugar no agrega nada al sentido de la oración. Como ha entendido Jiménez de Asúa (cf. obra cit., p. 987), aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van anteceditas de ese signo.

De otro lado, en el antecedente originario era indispensable la coma para separar dos de los tres casos que figuraban en el texto suizo. El aborto no era punible "si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto". Como bien se aprecia, en el texto del Anteproyecto suizo había una coma, pero no la conjunción "o". (v. en tal sentido Ghione, obra cit., p. 779)

ii) Con base en el argumento brindado por Jiménez de Asúa, Ghione concluye que es acertado considerar que la función de la frase final del art. 86 del Código Penal se refiere sólo al consentimiento del representante legal cuando se trata de un atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente. Ello pues, el antecedente suizo estaba obligado a individualizar expresamente "si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido..." porque tal hipótesis en la enumeración precedente era seguida de otros supuestos (mujeres inconscientes, incapaces de resistir, etc.) y no procedía indicar "en este caso". En cambio, en el art. 86 hubiera resultado redundante volver a referirse exactamente al supuesto indicado inmediatamente antes. En palabras de Ghione "hubiera implicado falta de sintaxis" (obra cit., p. 783).

Efectivamente como reconoce este autor, si se sostiene como cierto que el artículo es bivalente (es decir que previó no solo el aborto "eugenésico", sino también el "sentimental") ha quedado sin contemplar el consentimiento del representante legal cuando la víctima de la violación fuese menor de edad. Sin embargo, y más allá de cualquier consideración respecto de este supuesto, es pertinente indicar que una omisión semejante no aparece como una buena razón para descartar el aborto sentimental, como erróneamente han entendido los partidarios de esa tesis. Claramente, en la misma omisión incurrió la norma antecedente del anteproyecto suizo, a pesar de que ese texto no dejaba margen de dudas sobre la inclusión del aborto en caso de violación (obra y p. cit.).

La expresión "en este caso" también parece beneficiar a los portadores de la tesis amplia, se afirma con razón, pues aun cuando el legislador hubiera establecido otras opciones como "en este último" o "en el segundo caso" (conforme argumentan los preconizadores de la postura univalente), la norma permanecería portando la misma ambivalencia. Mas parece ser que la razón y sentido de la locución ha de encontrarse en el reemplazo de la frase "si la víctima es idiota o enajenada" por motivos

estrictamente gramaticales, como fue mencionado (cf. obra cit., p. 785).

iii) Los diversos rodeos que habría hecho el legislador para hablar de "atentado al pudor" en lugar de indicar "abuso deshonesto" no encuentra ningún asidero. Al contrario, el motivo de esa aparición -inérita- en nuestro Código, no es otra que la incontestable copia del Anteproyecto Suizo de 1916 (cf. obra y p. cit.). Así, entonces "... con Soler, Jiménez de Asúa, Ramos y Fontán Balestra, ... cuando en el art. 86 inc. 2º se habla de atentado al pudor, se está previendo la violación de la mujer idiota o demente. Ello porque ése es el sentido que tal expresión poseía en el Anteproyecto ... que nuestro legislador reprodujo literalmente... Al copiar no se advirtió que el "atentado al pudor de mujer idiota o demente" ... está separado, en el derecho suizo, de la violación que llamaríamos propiamente dicha, o sea mediante fuerza ... y que allí se justificaba la doble mención, destinada a prever los casos que en nuestro derecho hubieran quedado correctamente incluidos con la sola utilización del vocablo violación" (cf. Ghione, obra cit. p. 786).

iv) Respecto de que las únicas razones que pueden ser consideradas son las que justifican el aborto eugenésico (de acuerdo especialmente con los fundamentos de la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del senado) correspondería advertir una incoherencia lógica del legislador al dejar impune aquel aborto con fin eugenésico sólo cuando proviene de un acto ilícito. En otras palabras, ¿Por qué si el fin eugenésico era el único al que el legislador prestó atención no ha, en consecuencia, previsto en el código directamente la impunidad del aborto de la mujer falta de razón y ha impuesto como condición de que el embarazo provenga de un delito? O el caso de una violación de idiota o demente sobre una mujer sana? Por cierto, si bien estas omisiones no alcanzan para descartar el fin eugenésico, tampoco resultan de peso para desechar la tesis amplia otras omisiones como la del consentimiento del representante legal en el caso de mujeres menores de edad, o, por ejemplo, la exclusión del estupro prevista en el art. 120 del Código originario (aunque, probablemente concurren otras razones para explicar la exclusión de este último ejemplo, cf. Ghione, obra cit., p. 784).

También han sido descartados estos argumentos, (cf. Ghione, V., obra cit., 781) sobre la base de advertir que la Exposición de Motivos que se ha considerado relevante para fundar una u otra postura ha sido la de la primera Comisión del Senado, cuando ciertamente el art. 86 ha sido producto de la reforma que le efectuó la segunda Comisión, siempre contando con el antecedente suizo -el que sin lugar a dudas- incluía el aborto sentimental.

v) Por último, en esta línea argumental corresponde señalar una razón que se desprende de la propia estructura del art. 86 del Código Penal.

El segundo párrafo de la norma contiene un enunciado general en el que exige el consentimiento de la mujer embarazada (como condición de que el aborto practicado por un médico diplomado quede impune, aspectos que no son relevantes en esta argumentación).

Luego establece los dos incisos en los que ese recaudo deberá verificarse. El primero, es el que regula el caso del aborto terapéutico. El segundo, el que nos ocupa.

Si el consentimiento del representante legal que se especifica en este inciso se refiriera a toda su extensión (es decir, según la tesis restringida al único caso de que el embarazo proviniera de una "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente") ¿qué sentido cabría asignar, para este inciso, al consentimiento de la mujer embarazada que prevé el enunciado general? Evidentemente ninguno. Por tanto, carecería de sentido que el Código coloque bajo un enunciado general un caso que queda, a priori, excluido de la propia regulación. He aquí, entonces, otra buena razón para coincidir con las ya suficientes explicaciones de los adeptos a la tesis amplia.

16. De todas formas, he de agregar que si bien las circunstancias del presente caso han sido encarriladas primordialmente en torno de la aplicación del inciso tratado, las características de una situación de hecho como la que aquí se examina no habría permitido descartar a priori un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio Zaffaroni.

El tema ha sido abordado puntualmente por este autor al sostener que "La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del

aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico. Conforme nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP.... 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". El autor continúa afirmando que "Es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto... la ley vigente -por lo general mal interpretada- es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes que, en definitiva, han debido desembocar en la famosa indicación médica, que no es otra cosa que el enunciado genérico del art. 86." (Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 641).

17. También parece advertir la cuestión, aunque sin reparar concretamente en un supuesto como el que aquí se examina Donna, Edgardo, "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160. El autor refiere que "El peligro puede ser tanto para la vida como para la salud de la madre. Vale la pena aclarar que no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc."

18. En reciente fallo (6 junio de 2006), la Corte Suprema de la Nación, consideró el derecho a la salud en su más amplio sentido "... entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia" (cf. Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, que hizo propio la C.S.J.N. en "Y.G.C. c/Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta").

19. Ahora bien. No obstante todo lo expuesto y tal como ya he indicado, de conformidad con los presupuestos fácticos acreditados en el expediente -que no han merecido reparos- en el presente caso no advierto que la discusión doctrinaria acerca de qué supuestos comprende el inc. 2º del art. 86 resulte de trascendencia para decidir. Ello es así, pues considero suficiente a los efectos de revocar la resolución atacada señalar que sea cual fuere la interpretación de las hipótesis contenidas en el art. 86 inc. 2º del Código Penal, ninguno de los recaudos allí exigidos han sido descartados en el fallo que se trae a revisión.

Así, no se ha controvertido eficazmente que L.M.R., de 19 años de edad padece de una deficiencia mental que la coloca en una edad madurativa de ocho años, y que se encuentra embarazada producto de un hecho de violación, denunciado como ocurrido presumiblemente en el ámbito intrafamiliar, por el cual su madre ha instado la acción penal. La joven -quien, al decir de la señora Procuradora General se encontraba ya al momento del hecho en una situación de extrema vulnerabilidad- ha sido escuchada en las distintas instancias judiciales y su madre, junto a la Asesora de la joven, pretenden continuar desarrollando las actividades tendientes a interrumpir el embarazo involuntariamente provocado.

Constitucionalidad del art. 86 inc. 2º del Código Penal.

20. La titular de la Asesoría de Incapaces nº 4, doctora Griselda Margarita Gutiérrez, insinuó en un breve pasaje que el aborto terapéutico y sentimental es inconstitucional pues lesiona la igualdad ante la ley. Más allá de esta genérica referencia, lo cierto es que la infracción ha sido sencillamente enunciada, pero no ha sido acompañada de alguna argumentación plausible que la sustente. Ninguna fundamentación aportó al debate, ni adujo consideraciones que permitan comprender el alcance de tal postura que, por otra parte, no comparto.

Es oportuno poner de resalto que tanto la jueza de la instancia de origen como la Cámara que intervino tras la apelación, no declararon la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2º, sino que se limitaron a citar las normas internacionales y, a continuación, de manera dogmática se pronunciaron.

No obstante la pobreza de los pronunciamientos que anteceden a la intervención de esta Corte, la

trascendencia jurídica y social de la cuestión a decidir, y la aparente contradicción de la norma penal y la Constitución Nacional invocada por los magistrados de las instancias anteriores para resolver la cuestión, tornan impostergable el tratamiento de la constitucionalidad y vigencia del mencionado art. 86 inc. 2º, tras la reforma de la Carta Magna.

21. Un breve análisis de la cuestión antecedente, me convence de que la reforma constitucional de 1994 no ha operado una modificación de las normas cuya aplicación se propone. En efecto, basta recordar que con el texto anterior de la Carta Magna, era pacífica la interpretación que entendía que el derecho a la vida encontraba resguardo en el art. 33 como uno de los derechos implícitos que la propia norma reconocía y protegía.

Y es precisamente en ese contexto, que el Código Civil dispuso en el art. 70 que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos...", y además con posterioridad el Código Penal despenalizó el aborto en supuestos como el que nos ocupa, sin que la norma penal haya sido considerada inconstitucional, ni derogada en las distintas reformas que sufrió el citado código.

22. En 1994, los constituyentes incorporaron en el art. 75, inc. 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los que contienen distintas normas referidas a la protección del derecho a la vida, mas no modificaron las pautas de la legislación civil y penal antes reseñadas.

En efecto, señala Gil Domínguez que "En principio, la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminación del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer. De esto inferimos que este instrumento internacional tampoco se opone a una protección eficaz de la vida desde la concepción, que sea alternativa al sendero conminativo" (Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 167 y ss.).

23. El mencionado autor continúa diciendo que "luego de la reforma constitucional ... podemos afirmar: a) que el derecho a la vida fue incorporado expresamente; b) que a partir del momento de la conformación del huevo o cigoto hay vida humana; c) que la vida humana en formación es un valor constitucional que debe ser tutelado; d) que la protección infraconstitucional debe depararse mediante aquella vía que sea necesaria, eficaz y proporcional; e) que no existe una obligación constitucional de penar el aborto voluntario; f) que el derecho constitucional debe contemplar situaciones de conflicto de valores que generan la imposibilidad del Estado de exigir una conducta determinada" (ob. cit. pág. 206).

24. Sobre este punto cabe destacar la opinión coincidente de Sagüés, quien considera que si un acto se encuentra prohibido por la Constitución, ello no quiere decir, necesariamente que deba ser delito y afirma que "Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto ... En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra es que la violación de esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones en la Constitución, en efecto, que no importan delito" (Sagüés, Nestor, Elementos de derecho constitucional t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 264 y ss.).

También se ha manifestado en sentido similar Gullco al indicar con claridad que "si bien el reconocer la existencia de un bien jurídico... crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales. Es decir, la conveniencia o no de castigar penalmente la realización de un aborto es una cuestión de política legislativa, pero no parece que constituya un problema de índole constitucional" El autor concluye su exposición indicando que aún cuando se acepte que la persona por nacer debe equipararse a la persona nacida -afirmación que para él es incorrecta- "... no se sigue de ello un deber constitucional de sancionar penalmente al aborto" (Gullco, Hernán Víctor, "¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?", Doctrina Penal, Año 11, nº 41 a 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 499 y 500).

25. Asimismo, Gil Domínguez menciona que destacados juristas como Kemelmajer de Carlucci,

Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli y Zaffaroni, no advierten contradicción alguna entre la norma penal analizada (art. 86 del Código Penal) y la Ley Fundamental (ob. Cit. p. 263 y ss.).

26. Debe observarse, además, que los derechos reconocidos por la Constitución no poseen carácter absoluto, sino que admiten una razonable reglamentación (art. 28 de la CN). Entre ellos se encuentran los derechos invocados en la sentencia en crisis. El grado de protección de cada derecho reconocido dependerá, pues, de la decisión legislativa que lo reglamente, la que debe cumplir con tal recaudo de razonabilidad.

Es útil recordar que "El orden jurídico no se diseña ni para santos, ni para héroes, sino para el ser humano corriente" (cf. Farrel, Diego Martín, La ética del aborto y de la eutanasia, Ed. Abeledo-Perrot, 1º reimpression, Buenos Aires, 1993, p. 20) Y en tal sentido, Donna afirma que "no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes" (cf. Donna, Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 91).

El legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados. De tal modo, no se advierte en la elección legislativa examinada la pretendida irrazonabilidad.

27. Cabe agregar a lo expuesto, que la expresión contenida en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la vida "... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación de numerosos Estados que -como el nuestro- habían despenalizado distintos supuestos de aborto.

En referencia a la declaración interpretativa que formuló nuestro país con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, el citado jurista indicó que ella "... no puede ser admitida como reserva, es una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades que rige en el ámbito interno con jerarquía constitucional. Por lo tanto, no obliga al Estado argentino a penalizar el aborto voluntario" (ob. Cit., pág. 293).

Sobre este punto resulta clara la opinión de Juan Méndez quien sostiene que la CADH "... tiene una norma que ... ha dado mucho trabajo que es aquella que dice que el derecho a la vida se protege en general desde la concepción; muchos han interpretado esto como una prohibición del aborto. ... Sin embargo, se debe tener en cuenta que respecto de este tema ya hubo una decisión en el caso conocido como Baby Boy, denunciado ante la Comisión Interamericana por el movimiento antiabortista norteamericano. Los peticionarios argumentaron que Estados Unidos firmó la Convención -aunque aún no la había ratificado- y por ello no podía hacer nada que contraríe al objeto y fin del tratado; el aborto, según los peticionarios, constituía una violación al derecho a la vida protegido en el artículo 4. En un voto dividido, la Comisión Interamericana dijo que la frase que la vida "se protege en general desde la concepción", no prohíbe el aborto de por sí, sino que eso se refiere a formas de protección de la salud materno infantil desde el momento de la concepción y no necesariamente se dirige a prohibir el aborto." (Méndez, Juan "Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de la Niñez" Disponible en:

[http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc\\_iidh\\_proteccion/sininez.htm#\\_ftnr efl](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_proteccion/sininez.htm#_ftnr efl)).

28. Finalmente, como ya he expresado aquí y tal como sostuve al votar en la causa Ac. 95.464 citada, corresponde insistir en que son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el art. 86, inc. 2º, así como la autorización informada de la representante de la mujer embarazada, deben adoptar las medidas aconsejadas de conformidad con las reglas del arte de curar, sin necesidad de autorización judicial previa.

Y sobre este punto he de recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 28 PIDCyP) ha manifestado su preocupación acerca de "que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite" y ha

recomendado al Estado Argentino que "en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención" (Comité de Derechos Humanos, "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000", CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, pár. 14.)

29. Por todo lo expuesto, en coincidencia con el dictamen de la señora Procuradora General, propongo:

1ª. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido en la presentación de fs. 131/139 y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia recurrida.

2ª. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2 del Código Penal.

3ª. Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L.M. R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar.

4ª. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L.M.R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas.

5ª. Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.

Voto, entonces, por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Voy a adherir al voto de mis distinguidos colegas, doctores Genoud y Kogan, con el alcance que resulta del presente y las consideraciones que estimo indispensables para la mejor comprensión del objeto y del sentido del pronunciamiento.

1. El asunto a dirimir

a. El conflicto jurídico que incumbe a esta Corte resolver tiene un origen preciso, destacado tanto por la señora Procuradora General (v. apartado II.A de su dictamen) como en los votos con cuya solución concurro.

En prieta síntesis se trata de un mandato prohibitivo generado por la actuación inicial de la agente fiscal de la Unidad Funcional de Investigaciones N° 5, doctora Sonia Leila Aguilar, a cargo de la Investigación Penal Preparatoria 00307639-06 (luego, consolidado en el fallo de la jueza de Menores doctora Inés Noemí Siro, titular del tribunal N° 5 de esta ciudad y ratificado por la sentencia de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II), en relación con -y para enervar- el proceso médico de posible interrupción del embarazo de L. M. R., una menor considerada abusada sexualmente y débil mental, que se hallaba en curso de programación para su realización, con la internación hospitalaria de la joven en estado de gravidez, y que habría de llevarse a cabo tanto en virtud de la previa decisión manifestada por su madre y representante legal como en función del prudente arbitrio técnico de los profesionales del arte de curar.

Claramente, la iniciativa de la señora A., progenitora de la joven abusada en modo alguno supuso una petición de venia o de pronunciamiento judicial autorizativo.

b. Esa actuación prohibitiva desencadena los trámites de la causa.

Según surge de la lectura del expediente, las postulaciones que estructuran el atípico y angustiante debate de esta litis versan sobre la aplicabilidad o no al caso del art. 86 inc. 2º del Código Penal, su constitucionalidad, la necesidad de la intervención jurisdiccional, así como la pertinencia de negar la opción por la práctica abortiva en vista de la protección, reputada preferente, del derecho a la continuidad de su gestación del nasciturus.

c. Entonces compete al Tribunal en función de las constancias de la causa:

i. determinar si cabe hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley que ha sido deducido para dejar

sin efecto la decisión jurisdiccional que ha impedido la opción por la realización de la señalada práctica médica, lo que implica pronunciarse sobre si debe revocarse el fallo prohibitivo;

ii. interpretar si la normativa aplicable permite encuadrar el asunto en un supuesto objetivo de excepción no inculcado ni necesitado de venia judicial y que a la vez no supone una afectación constitucional, y, finalmente;

iii. de considerarse que esa posible intervención médica, conforme al ordenamiento jurídico, estuviese justificada, establecer el alcance de la decisión a adoptar.

## 2. Los elementos de la causa

a. Entiendo que la solución del caso reposa sobre ciertos datos de la causa que no aparecen controvertidos en este proceso. Sin perjuicio del acompañamiento que efectuó en esta parcela a las opiniones de los Dres. Geoud y Kogan, seguidamente me referiré brevemente a ellos.

i. El embarazo de la menor. No hay duda alguna que L. M. R. está embarazada de acuerdo a las constancias obrantes en la causa.

ii. La deficiencia mental de la joven embarazada. Ella consta en el certificado médico obrante a fs. 23 fechado el 15-VI-2006 y en el Acta de reconocimiento médico de fs. 22 fechada el 28-VI-2006 expedidas por el Hospital Zonal General de Agudos C. G. -Servicio de Neurología y Neurocirugía-. Allí se consigna que la joven padece de un retraso mental moderado permanente secundario a encefalopatía hipoxémica. También, el tipo y grado de secuelas clínicas de esa patología: retraso mental y retraso madurativo, ambos moderados, lectura con dificultad. Por último, se expresa que ha registrado antecedentes de sufrimiento fetal por bajo peso al nacer y que asiste a una escuela especial.

El informe de la perito psicóloga del Tribunal de Menores Lic. Kornos, amplía y corrobora lo anterior. La profesional, luego de entrevistar a la menor embarazada, concluyó calificándola del siguiente modo: "... una joven con una deficiencia mental de grado moderado cuyo origen (diverso como es habitual en estos trastornos) parece estar determinado por factores hereditarios (tía materna con un trastorno similar) y dificultades en la gestación por posible deficiencia nutricional, debido a que según informó su madre "nació con bajo peso" (tex). Con respecto a su nivel madurativo se estima (según la evaluación de Test de Bender) una edad mental de 8 años aproximadamente (3º años de escolaridad común)". En L.M.R., continúa la profesional, existen alteraciones en el proceso cognoscitivo. Aunque lee con cierta fluidez "... su capacidad comprensiva está disminuida, su léxico puede ser significativo pero no comprende el significado de la mayoría de las palabras. [...] Con respecto a conductas de autovalimiento y sociales considera que [...] pertenece a la categoría de 'entrenable'. Es decir que puede aprender a conversar y comunicarse con los otros pero su comprensión de las normas sociales es deficiente. Se infiere además cierta superficialidad en los afectos como también inmadurez psicosexual...[M.] ... logró conductas de autovalimiento [...] Su capacidad de discernimiento está disminuida pero logra diferenciar una 'verdad' de una 'mentira' ante un ejemplo concreto pero no conceptualizarlas. [...] De la presente evaluación no surgen síntomas que permitan inferir la presencia de patología psicótica" (fs. 57/58).

En tales condiciones y por las razones expuestas por la Procuradora General así como por los colegas con los que concurro en este acuerdo en torno al alcance del concepto de idiota o demente en su aplicación al caso, encuentro justificada la calificación de la menor embarazada.

iii. El abuso sexual cometido sobre la persona embarazada. La debilidad mental de L.M.R. y, sobre todo, su nulo discernimiento para comprender el significado de un encuentro sexual, denotan una situación objetiva de aprovechamiento abusivo de su persona, que abastece, a los fines del presente enjuiciamiento, el requisito plasmado en la norma sobre cuyas directivas de no interdicción venimos enfocando el caso.

Una de las conclusiones principales que arroja la lectura meditada de este expediente es que L. M. R. no pudo consentir libremente el coito que la llevó al embarazo. Su edad psíquica y la pronunciada inmadurez psicosexual que la aqueja lo corroboran ampliamente a los fines de esta causa. Son datos que conciben con las propias manifestaciones de la menor en la audiencia mantenida con la jueza de la

instancia de origen el 7 de julio próximo pasado. A los que se suma la declaración de la jueza de Menores, quien en su sentencia afirmó que no había "... dudas que la joven L.M.R. es víctima de un abuso sexual".

Exigir todavía más, pretender una certidumbre que recién podría traer consigo la sentencia inconvencible de condena en el enjuiciamiento criminal por abuso sexual, la misma que sirve para actuar la norma del art. 86 en sus estrictos términos de punición en un proceso de tal índole, son imposiciones que no parecen ajustarse a derecho. De la mano de una exigencia como la que descarto (el criterio de imponer una sentencia firme de condena por abuso sexual) se asignaría al enunciado del art. 86 la organización de una extraña "prejudicialidad indirecta", que siempre derivaría en el bloqueo absoluto de una intervención médica.

Salta a la vista la falta de razonabilidad de semejante idea a poco de cotejarse los plazos promedio que insumiría (si es que se obtiene) la condena firme por el ilícito sexual con aquellos otros -dramáticamente menores- en que es posible y recomendable médicamente realizar una práctica segura sobre la embarazada que ha sido abusada, que no amplifique todavía más bienes jurídicos.

En este orden de ideas vale tener presente el criterio sentado por el Tribunal Constitucional español. Al analizar la constitucionalidad del sistema de indicaciones previsto en el «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal», según el texto definitivo aprobado por el Senado en la sesión plenaria celebrada el 30.11.1983 frente a un recurso previo de inconstitucionalidad, dicho órgano tuvo oportunidad de señalar, respecto del llamado «aborto ético» (derivado de una violación), y en cuanto a la acreditación del abuso sexual lo siguiente: "Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso de aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho" (cf. STC español, Sentencia de 11-IV-1985, núm. 53/1985).

No hallo motivo tomar otro rumbo interpretativo.

iv. El consentimiento de la representante legal y la inexigibilidad de una previa venia judicial. La posible intervención médica cuenta con la conformidad de la madre de menor embarazada, circunstancia expresamente ponderada por los miembros del Ministerio público pupilar que actúan en la causa, la jueza de menores y la Cámara de Apelación.

Esta Suprema Corte tiene a la vista actuaciones en las que consta el consentimiento de la madre de L.M.R. Por otra parte se ha presentado un miembro del Ministerio Público en su carácter de representante promiscua de la menor, en los términos del art. 59 del Código Civil. Y en esa representación fue investida por mandato de la jueza de Menores según auto de fecha 5 de julio de 2006, no controvertido.

El hecho que en la especie sólo uno de los progenitores de la menor haya manifestado su interés en llevar a cabo las prácticas médicas que fueron interrumpidas por este trámite, no obsta a que se tenga por configurado el "consentimiento" exigido por la norma penal. Es que, de un lado, la progenitora que interviniera en el proceso resulta ser quien ejerce en los hechos la patria potestad, en atención a que la menor se encuentra a su exclusivo cuidado (cfr. declaración de A. V. R., hermana de la tutelada, quien manifiesta que desde hace tres años la incapaz vive sola con su madre, fs. 16, por estar separada de hecho; cfr. declaración de V. D. A., fs. 18). Del otro, tal intervención ha sido acompañada y refrendada por la agente del Ministerio Pupilar, complementándose de manera suficiente la voluntad del padre ausente, atento a la urgencia que impone el presente trámite.

Desde otra óptica, los razonamientos dados por los doctores Genoud y Kogan en sus votos, los restantes dados en la causa Ac. 95.464 (sent. de 25-V-2005) y el contenido del mío propio expuesto en dicho pronunciamiento, fijan el marco conceptual a partir del cual se desprende la inexigibilidad legal

de una venia de autoridad jurisdiccional para decidir en el presente caso si es posible que las personas comprometidas y los profesionales de la medicina tomen la decisión referida a la continuidad o interrupción del embarazo que ha sido vedada en las instancias inferiores; criterio con el que coinciden las partes.

v. En su actuación ante las instancias de grado la señora Asesora de Menores e Incapaces N° 4 tuvo por acreditados los presupuestos fácticos considerados por el artículo 86 inciso 2 del Código Penal (cfr. fs. 54/55 y 74/75). A lo expuesto en sentido diferente en el memorial que ha presentado ante esta Corte me referiré en el apartado 4.c. de este voto.

b. ¿Es criterio recibido de esta Corte que la fijación de los hechos y de las pruebas es materia propia de las instancias de grado y, por ello, está exenta en principio del control por vía extraordinaria, salvo absurdo. Pues bien, al tiempo que los litigantes coinciden en los hechos fijados y en la fuerza de convicción del material probatorio, no concurre un severo déficit valorativo en tales parcelas, sino, eso sí, un conjunto de importantes errores de juzgamiento (cfr. causas Ac. 90.753, sent. de 20-IV-2005; mi voto en Ac. 95.464, sent. de 27-VI-2006, entre otras).

c. ¿En resumen: conforme a las constancias de la causa, la práctica médica de interrupción del embarazo que ante su debilidad mental se hallaba prevista realizar, participa de las notas objetivas definidas o indicadas por el legislador al determinar la no punición del aborto realizado en caso de abuso sexual de una mujer demente o idiota (art. 86, segundo párrafo, inc. 2°, Código Penal). ¿Por ello, en la especie, los fallos de las instancias inferiores han dispuesto un mandato prohibitivo improcedente.

Pero además, si este corolario pretendiera desvirtuarse cuestionando el grado de la afección de L.M.R. en términos estrictamente psiquiátricos, advierto que el encuadre jurídico del sub iudice como la conclusión a arribar no variarían. Bien se sostiene en el voto de la doctora Kogan, que el artículo 86 inciso 2° del Código Penal es fuente de reconocimiento de la razonabilidad del posible ejercicio de la opción por proseguir o por interrumpir el embarazo de toda mujer abusada sexualmente.

3. ¿El fallo recurrido en sede extraordinaria

a. ¿La Cámara Primera de Apelación de La Plata, por su Sala Segunda, consideró justa (v. primera cuestión del fallo impugnado) y confirmó la decisión de la instancia inferior que había denegado el "... pedido de autorización para efectuar prácticas abortivas en la persona de ... [L.M. R.]", añadiendo a la medida de protección dispuesta por la jueza de menores la imposición a ésta del deber de control de la joven y de la evolución de su embarazo. Visto desde la perspectiva de la configuración del conflicto (v. supra 1. de este voto) puede decirse también que el fallo entiende ajustado a derecho el mandato prohibitivo de la intervención médica que se hallaba en curso de implementación.

b. ¿La dificultad que encierra el desarrollo argumental del fallo no llega a impedir la mención de los motivos dados por la Cámara en su intento de justificar la decisión adoptada. Ellos son, en esencia, los siguientes:

i. ¿La señora A. ha solicitado la interrupción del embarazo de su hija; con lo que el objeto a dirimir en autos es la procedencia de la venia jurisdiccional.

ii. ¿No son de aplicación el artículo 86 inciso 1° del Código Penal ni el precedente de esta Suprema Corte de la causa Ac. 95.464 (sent. de 25-V-05).

iii. ¿El "ordenamiento jurídico aplicable" (arts. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 3 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 6 y la reserva de la República Argentina al art. 1, todos de la Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inciso 22 de la CN; 12 inciso 1 y 36 de la Constitución de la Provincia; y 63 del Código Civil) autoriza a sostener que la protección constitucional de la vida humana se extiende desde el momento de la concepción y en toda su existencia sin solución de continuidad.

iv. ¿Tras describir aspectos de uno de los votos minoritarios en el Ac. 95.464, relativos a la continuidad del proceso de gestación y a la irrepetibilidad del ser humano, expresa la Cámara que el

nasciturus representa un grado extremo de indefensión; por ello el derecho debe acudir en su auxilio durante todo el embarazo.

v.á Con apoyo en el informe médico de fs. 49, el a quo entiende que en la especie no corre riesgo la salud de L. M. R., conclusión que le sirve para desestimar la apelación deducida sin necesidad de mayor prueba.

vi.á Las mismas consideraciones le alcanzan para calificar "abstracta" una decisión sobre "... los reparos efectuados por la Sra. Agente Fiscal Dra. Sonia Aguilar a la norma del art. 86 inc. 2 del Código Penal".

c.á Tal es la médula del pronunciamiento jurisdiccional en crisis.á

4. Las postulaciones de las partes formuladas en esta sede extraordinaria

a.á Por más que esta Corte debe decidir en función de los planteos relevantes que las partes vienen sosteniendo en las instancias de grado y mantienen con eficacia en esta fase de revisión extraordinaria, pues no es dable considerar los introducidos ex novo, fruto de una reflexión tardía reviste utilidad dar cuenta de cómo fueron perfilándose las posiciones de los contendientes en las instancias inferiores.

i.á En su primera intervención destacada, la doctora Ozafrain de Ortiz, por L. M. R., deja sentada su posición sobre el curso y el sentido de las tramitaciones. Aduce que no corresponde requerir -ni aguardar la obtención de- una autorización judicial para realizar la práctica médica que habría de realizarse en el Hospital General San Martín de La Plata. Ello, porque tanto en la situación del artículo 86 inciso 2° del Código Penal, en que encuadraba el sub lite como el previsto para el aborto terapéutico (art. 86 inc. 1°, C.P.), dicha venia es innecesaria. Esa norma, a su entender, reenvía la práctica abortiva (bajo las condiciones que en ella se establecen) al campo de lo lícito. Mal puede entonces oponerse al actuar médico un condicionamiento extraño, como el de la aquiescencia de un magistrado jurisdiccional.

Su planteo a la jueza de menores ha consistido en que "... se abstenga de interferir ... en la celebración del acto médico, para que la joven enferma mental y su madre en ejercicio de su representación legal, ejerzan un derecho que la ley les otorga dejando la evaluación correspondiente librada a las normas del criterio médico", sin que sea necesario pronunciamiento alguno sobre el otorgamiento o denegación de una venia que, según allí se dice, no ha sido requerida.

ii.á En el escrito de fs. 54/55 su contraparte, la Asesora de Incapaces N° 4, reclama el rechazo del pedido de interrupción del embarazo y la adopción de medidas de protección de la salud de la menor embarazada durante ese estado y luego del alumbramiento. Fundamenta su oposición en dos razones: a) que si bien los supuestos del artículo 86 del Código Penal consagran una causa de justificación para el aborto, sólo pueden ser utilizadas por el médico y la mujer encinta o, de ser ésta demente o idiota, por su representante legal, sin que el juez pueda arrogarse la facultad de decidir la interrupción del embarazo; b) que los derechos constitucionales de la criatura por nacer impiden en el caso el aborto porque la vida de la madre no corre riesgo, según desprende de la certificado médico de fs. 49. Sobre esta base concluye que debe "... prohibirse practicar cualquier tipo de maniobra abortiva en la persona de la menor madre, que pueda implicar riesgo para la vida o integridad física de la persona por nacer de la que es portadora... " y arbitrarse "... todas las medidas ... para amparar la salud ... de la madre a efectos de resguardar los derechos de ambos". En adición, deja planteada "... la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el de autos".

iii.á Posteriormente, al apelar (a fs. 65/71 vta.) el fallo adverso a los intereses de su pupila, la titular de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 2 cuestiona que haya existido pedido alguno de venia jurisdiccional para una intervención médica que se hallaba programada, ni para que operase la permisión prevista en la norma invocada (fs. 66), alegando que "[e]stá claro que no se requiere de una autorización judicial, sino que meramente se despenaliza la conducta, tornándola lícita" (fs. 67 vta.). De otro lado, lo impugna porque al no haberse descalificado el artículo 86 inciso 2° del Código Penal en su aplicación al caso "... no [era] posible dejar de aplicar esa disposición" (fs. 68 vta.).

iv.á A fs. 74/75 la Asesora de Menores N° 4 contesta la apelación de su contraparte. Coincide con ella

en que la realización de un aborto en los términos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, y no dice que se la hubiese requerido, pero insiste en su criterio expuesto a fs. 54/55 señalando que en la situación bajo examen no hay riesgo a la vida de la progenitora, que la justificación del artículo 86 no puede ser decidida por el juez, que anoticiado el intento debe prohibirse el aborto, y que frente a la inviolabilidad del derecho a la vida del feto la permisión del inciso 2° de aquel precepto quebranta la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), al dejar de dispensar a los seres engendrados por algunas embarazadas (las aquejadas por trastornos mentales de relevancia) una protección que a los demás, a su criterio, se confiere.

b.áAsí estructurado el debate cabe exponer la reacción que suscita a la impugnante la sentencia de la Cámara de Apelación. Desde luego, quien se agravia del fallo es la Asesora de Menores e Incapaces N° 2, en defensa de los derechos de L. M. R., por medio del recurso extraordinario en tratamiento, en el que denuncia la violación del artículo 86 inciso 2° del Código Penal y de la doctrina legal de este Tribunal sentada en el precedente Ac. 95.464 (sent. de 27-V-05).

i.áLa recurrente entiende que la sentencia quebranta el artículo 86 inciso 2° del Código Penal, cuyos requisitos objetivos se hallan presentes en el trance crítico que experimenta L. M. R., toda vez que ha sido víctima de una violación, padece de una enfermedad mental y la voluntad de que el embarazo sea interrumpido ha sido expresamente declarada por su progenitora.

Junto con una explicación en la que insiste que en el caso no se subordinó la práctica médica a una autorización judicial, ni se la solicitó -en tanto no era necesaria ni jurídicamente exigible-, sostiene que aunque se considerase que la petición hubiera existido el reparo de fondo al fallo de la Cámara quedaría igualmente enhiesto porque ha prescindido del artículo 86 inciso 2°, pese a tratarse de una norma vigente, sin justificar su inaplicabilidad.

Desde su perspectiva media violación de la ley por cuanto el sentenciante ha tenido por cumplidos los recaudos que evidencian una situación en que la norma "reenvía el aborto (practicado en las condiciones que determina) al terreno de lo permitido o de la libertad; en suma de lo lícito" (la cursiva es añadida).

ii.áEn segundo lugar, la impugnante critica el pronunciamiento por cuanto resolvió en modo contrario a lo decidido por esta Suprema Corte en la causa Ac. 95.464, que estima esencialmente análoga y cuya doctrina reivindica para el sub lite desde sus primeras intervenciones en este proceso.

En su pensamiento, el distingo efectuado por la Cámara de Apelación es infundado, al no repararse en que los dos incisos del artículo 86 despenalizan supuestos "idénticamente valorados por el legislador", de modo que para cada uno de ellos la ley predica "una conducta permitida y lícita". A ello añade, con cita de la opinión de la mayoría en el precedente Ac. 95.464, que ninguno de los actos previstos en la norma requieren una previa autorización judicial.

Una inteligencia racional y adecuada de la doctrina legal de esta Corte, finaliza, no puede excluir de su campo aplicativo la causal de justificación del aborto examinada en la causa.

iii.áPor consiguiente, pide la revocación de la sentencia y la eliminación de las interferencias puestas en esta causa a la realización de la práctica médica destinada a interrumpir el embarazo de la menor en el exiguo plazo posible, solicitando a tal efecto el libramiento de un oficio dirigido a las autoridades del Hospital General San Martín con el fin de acelerar la internación y hacerles saber lo declarado en autos respecto del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal.

c.áPor su parte, la Asesora de Menores e Incapaces N° 4, doctora Griselda Margarita Gutiérrez, controvierte los agravios de la impugnante.

i.áEn primer lugar, entiende que la madre de la joven encinta había peticionado la autorización judicial para la intervención médica de cese del embarazo, destacando en especial lo actuado en la audiencia de fs. 51.

ii.áLuego afirma que una vez tomado conocimiento la autoridad judicial de la notitia criminis no pudo habilitarse la práctica abortiva en tanto configuraría un delito, sólo justificado para el médico y la representante de la embarazada, una vez cometido el hecho y sujeto a enjuiciamiento penal.

iii.ªNiega que el fallo de Cámara se hubiese apartado del precedente del caso Ac. 95.464 porque en dicha causa estaba en riesgo la vida de la embarazada, situación que en su parecer no se presenta en autos. A la vez que dice entender que en el sub examine no se halla probada la idiocia o la demencia a que se refiere la recurrente.

iv.ªDesde su óptica, el artículo 86 inciso 2 del Código Penal no puede prevalecer sobre el derecho a la vida de la persona por nacer, porque así resulta de la interpretación y aplicación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (Arts 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1, 19 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y de las normas de la Constitución Nacional (arts. 33 y 75 inc. 22) y provincial (art. 12) así como del Código Civil (art. 70), que a su criterio confieren protección expresa al feto desde la concepción.

v.ªPor ello pretende que al momento de decidir esta Corte acoja el planteo de inconstitucionalidad del artículo 86 inciso 2, mencionado en tantas ocasiones, añadiendo que esa norma no puede conferir un arbitrio amparado por el artículo 19 de la Constitución nacional exento de la autoridad de los magistrados.

d.ªVale formular un señalamiento sobre la referencia arriba individualizada en el punto c.iii. in fine de este voto. La vaga referencia que en torno al estado de debilidad mental de la embarazada consigna la Asesora del nasciturus no es de recibo. Se trata de una referencia infundada, introducida de manera novedosa en el memorial de contestación al recurso extraordinario. Su tratamiento es improcedente no sólo por tal extemporaneidad, sino por la dualidad que encierra dicha mención a la luz de las constancias de la causa conocidas por la recurrida, firmes y no controvertidas por ella, quien ningún reparo formuló en cuanto a su fuerza de convicción en las dos instancias ordinarias. Para más, la jurisprudencia reiterada del Tribunal considera que las cuestiones introducidas como fruto de una reflexión tardía resultan ineficaces para habilitar la vía extraordinaria (conf. causas L. 56.055, sent. de 7-III-1995; L. 76.299, sent. de 6-IV-2004; L. 84.142, "N., J. G.", sent. de 28-XII-2005; cfr. C.S.J.N., Fallos, 307:770; 311:2247; 321:1052, entre muchos).ªEsto último también cabe para la argumentación arriba reseñada en el apartado c.i. de este voto.

5.El dictamen de la Procuradora General

a.ªSe ha expedido en autos el dictamen de la Procuradora General en el que aconseja hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley.

En primer lugar, destaca lo equívoco de la actuación de la agente fiscal quien -sin haberse cometido conducta ilícita alguna- impulsó la formación de una causa de naturaleza penal para prevenir una probable interrupción del embarazo; intervención que, en su parecer, produjo "... una mutación en la causa" a la que "[n]unca se caratuló o se le dio el trámite de una autorización". Sentado lo cual subraya los dos temas que concita la causa: la constitucionalidad o no del artículo 86 inciso 2º del Código Penal y la exigibilidad o no de venia judicial para llevarse a cabo el aborto en la situación aprehendida por dicha norma, por cuanto ésta no la requiere, y torna lisa y llanamente lícita la conducta.

En ese empeño recuerda que el derecho a la vida de la persona por nacer recibe protección constitucional a través de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados en la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22), que detalladamente cita, al igual que las normas pertinentes de las Constituciones nacional y de la Provincia de Buenos Aires ya aludidas a lo largo de este voto, entre otras disposiciones (v.gr. arts. 63, 70 y 74, Cód. Civil), dicho lo cual principia por interpretar el artículo 86 del Código Penal, a partir de su estructura.

b.ªAcudiendo a los antecedentes del precepto, sostiene que en su contenido se incluyen dos modalidades de aborto: el eugenésico y el aborto sentimental. Para la configuración del primero la violación que haya dado lugar al embarazo debe producirse en una mujer idiota o demente, conceptos que estima comprensivos de "todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias, no requiriendo ser interpretados en sus significados estrictamente científicos" ni la "... declaración judicial de la demencia". El segundo, exige que haya mediado delito contra la integridad sexual de la mujer. Interpreta que en ambos supuestos basta con que se haya iniciado una causa por

violación, "... no siendo imprescindible que exista una condena de culpabilidad, ya que una interpretación contraria atentaría contra la posibilidad de practicar de manera célérica el aborto", acotando que el hecho de que se exija que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la integridad sexual, chocará contra problemas de índole práctico, en tanto el hecho determinante de la eximición de pena podrá no estar probado al momento de la interrupción del embarazo. Por ello estima suficiente "... la presencia de algunas circunstancias indicadoras concluyentes como la edad de la mujer, la existencia de relaciones anteriores o subsiguientes, la fertilidad en el momento del hecho, etc."

c. La interpretación que propicia del artículo 86 en el apartado tantas veces señalado como inclusivo de los dos tipos de aborto, se afirma también en que, en su visión, una inteligencia restrictiva discriminaria, con afectación a la igualdad ante la ley (art. 16 CN), a todas las mujeres que sin padecer una enfermedad mental fuesen embarazadas a causa de una violación.

d. Por otra parte, discrepa del contenido y fundamentos de la sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial, "... porque y a pesar de compartir el hecho de que nuestro país ... protege la vida del nasciturus desde el momento de la concepción", su derecho como todos los reconocidos por la Constitución son relativos, razón que explica -en su opinión- la compatibilidad entre la tutela del derecho a la vida y la regulación de la legítima defensa, como causa de justificación. Y destaca que el artículo 86 inciso 2° del Código Penal "... resuelve un conflicto de intereses existentes entre la madre y el nasciturus" optando por "... la libertad de la mujer que, como consecuencia de un hecho delictivo y sin ningún tipo de participación voluntaria, debe afrontar un embarazo no deseado", lo que entiende ajustado a la Constitución porque existen diferencias entre la vida de la persona nacida y de la persona por nacer, "resguardándose con mucha mayor intensidad a la primera".

e. Tras censurar la valoración que de las pruebas de la causa ha efectuado el a quo, critica la sentencia en recurso desde que la única manera aquél tenía para no aplicar el citado precepto del Código Penal era declarando su inconstitucionalidad, cosa que no hizo.

f. Finalmente, en concordancia con lo sostenido por la recurrente, interpreta, por un lado, que el artículo 86 inciso 2 no exige la solicitud de autorización judicial para abortar y, por el otro, que en ninguna de las piezas procesales consta que ese pedido hubiese sido realizado por la madre de la niña, quien "sólo buscó información sobre sus derechos y los de su hija en razón de que, al tiempo de ocurrir ante los órganos judiciales para formular denuncia por abuso sexual, se le hacen saber los derechos y facultades que, como víctima, le asisten (ver fs. 9)".

g. Concluye que con los elementos arribados al proceso "... debe decidirse que L.M.R. se encuentra alcanzada por uno de los supuestos que tornan aplicable la causal de no punibilidad prevista en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal. Que los médicos llamados eventualmente a intervenir ejercerán la práctica dentro del supuesto contemplado en aquél, en la medida que la representante legal mantenga el consentimiento exigido por la norma, dejando sentado que no es requisito de aquella el pedido previo de autorización ...". Propicia, por ello, que se revoque el fallo impugnado, se declare la aplicabilidad al caso del artículo 86 inciso 2° del Código Penal y la improcedencia de autorización judicial para la interrupción del embarazo de menor.

## 6. Consideraciones jurídicas

### 6.1. Emplazamiento de la cuestión

En el plano estrictamente jurídico, esta clase de conflictos pone en tensión un conjunto de normas constitucionales e internacionales de primera relevancia.

a. Como lo expusiera al votar la causa Ac. 95.464 (sent. de 27-VI-2005), el derecho de la persona por nacer se afirma -ciertamente en la generalidad de las situaciones, al menos en el plano estrictamente jurídico y en nuestro derecho, se lo consagra con prioridad valorativa en caso de conflicto con buena parte de los derechos de la mujer embarazada- y ha sido acogido, desde luego muy tempranamente, en el ordenamiento del país. El texto constitucional histórico, de 1853-60, no lo incluía en manera expresa, como no lo hacía con el «derecho a la vida» en general. Con todo, en tanto

éste es condición de existencia de la generalidad de los derechos, libertades y garantías consagrados en el plexo constitucional, era incuestionable su afirmación, que subyacía, entre otros preceptos, en el enunciado del artículo 33. Pero las leyes dictadas en su consecuencia, en especial aquellas que fluyen de la expresa esfera delegada al Congreso de la Nación por el artículo 75 inciso 12° de la Constitución (art. 67, inc. 11° de la Constitución histórica), como el Código Civil (v. gr. art. 70) y el Código Penal (arts. 85 a 87), en sus diferentes campos aplicativos, determinaron el punto de partida de la vida humana en la concepción en el seno materno y un relevante círculo de protección.

En orden a los Tratados internacionales de rango constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), ya se ha señalado a lo largo de esta causa que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece en su artículo I que "... [t]odo ser humano tiene derecho al vida..." y la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año contiene un texto que análogamente dice "[t]odo individuo tiene derecho a la vida..." (art. 3°), resguardando a la familia (art. 16.3) y a la "maternidad y la infancia" (art. 25) así como a los derechos de "todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio" (art. cit.).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por medio de la ley 23.313 (B.O. 13-V-1986) consagra el "... derecho a la vida" como "...inherente a la persona humana" añadiendo que "... nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", prohibiendo aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez (art. 6.5), tutelando, así también, en modo reflejo, la vida del «por nacer».

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, también ratificado por la ley 23.313, incorpora una norma que impone a los Estados reducir "... la mortinatalidad y la mortalidad infantil" (art. 12.2.a).

En tanto que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a través de la ley 23.849 (B.O. 22-X-1990), aunque carece de una específica referencia a la situación del «por nacer» (cfr. art. 1°), reconoce que "... todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida". Como se ha dicho ya en este acuerdo, la Convención mereció de parte de la República Argentina una reserva según la cual "... se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad" (conf. art. 2°, ley 23.849 cit.).

Es de todos modos indudable que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), incorporada por la ley 23.054 (B.O. 27-III-1984) marca un punto saliente en el sistema jurídico en esta materia. Su artículo 4.1° prescribe: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida", agregando que tal derecho "... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

En la reforma constitucional de 1994, además de estatuirse el artículo 75 inc. 22°, con el conocido impacto que ha significado en la estructuración de las fuentes de la juridicidad, se encomienda al Congreso instituir un régimen de seguridad social "... en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (art. 75 inc. 23°, segundo párrafo, C.N.).

Por fin, la Constitución de la Provincia ha acompañado esta orientación normativa al consagrar protección a la persona «por nacer» en el artículo 12.1°.

b.á Cabe detenerse entonces, en el enunciado contenido en el Pacto de San José de Costa Rica y anticipar el enfoque jurídico aplicable al sub lite, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante he de efectuar.

En el caso causa Ac. 95.464 he señalado que la norma pertinente (art. 4.1 cit.) de la Convención prevé una protección a la vida desde la concepción con arreglo a la correspondiente determinación legislativa. Se define el alcance de la tutela jurídica por remisión a la "ley", al tiempo que se estatuye que esa norma derivada deberá disponer que "en general" la tutela del derecho sea "a partir del momento de la concepción". Se determina también, como complemento, que nadie puede ser "privado de la vida arbitrariamente" (art. 4.1., in fine).

Desde esta perspectiva, no advierto que el régimen legal que aprehende el balance valorativo aplicable al caso -vale decir, el artículo 86, segundo párrafo, inc. 2º, del Código Penal- vacíe de contenido a la protección al artículo 4 del Pacto. La excepción que tiene en miras, no presenta tal incoherencia en su adecuación sistemática con en ese tratado internacional y sus condiciones de vigencia, que conduzca a interpretar que ha sido abrogado por éste. Del mismo modo, bajo el marco de la Convención no parece inválido, por incompatible con su esquema protector, el sentido de permisión que opera en la alternativa que se ofrece a la mujer abusada, sobre todo cuando ha sido víctima una débil mental.

En el sistema bajo examen el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en el seno materno recibe una tutela en general. Carente de contenido absoluto admite entonces cierta modulación normativa razonable (arg. art. 29, del Pacto de San José de Costa Rica), que el régimen legal doméstico circunscribe en el artículo 86. Como veremos, esta interpretación concuerda con la expuesta en el seno del sistema interamericano.

c.áDesde luego, lo dispuesto en el art. 12.1º de la Constitución de la Provincia no altera la afirmación precedente, desde que mal podría mellar la validez de la predeterminación de intereses jurídicos regulada en el aludido artículo 86 inc. 2º, del Código Penal. Éste se funda, como es claro, en la delegación que las provincias hicieron a la Nación de atribuciones privativas para el dictado de las normas de fondo (actual art. 75 inc. 12, C.N.), en modo tal que el contenido de esas reglas del derecho común sólo ha de sujetarse al marco constitucional y supranacional (arg. arts. 31, 75 inc. 22º y cons., C.N.), sin que puedan oponerse otros condicionamientos materiales instituidos por los Estados provinciales (arg. arts. 1, 5, 121, 126, C.N.).

d.áDesde el "otro" mirador, esto es, en sostén de posiciones más proclives a la reivindicación de derechos de la mujer, se mencionan diversas normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos. Desde los propios derechos a la vida de la mujer, a su salud (arts. 12.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 24.d, de la Convención sobre los Derechos del Niño), a su dignidad personal y privacidad (arts. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la no discriminación (arts. 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2. y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); a la seguridad personal (art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la libertad religiosa y de conciencia (arts. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a no ser sometida a un trato cruel, inhumano y degradante (arts. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como los denominados derechos sexuales y reproductivos. En este último sentido, aparte de todos los arriba mencionados inciden como pauta de ponderación los artículos 12.1, 14.2 y 16 inc. e) de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto a la no discriminación de la mujer respecto de su atención médica, incluyendo lo relativo a la planificación de la familia; la adopción de medidas adecuadas, no discriminatorias, en el campo de las relaciones familiares; y el aseguramiento de condiciones igualitarias con los hombres para "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y ... tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (art. 16 inc. e).

Para que no se malinterprete aclaro el sentido de esta exposición. De modo alguno trata de "sumar" varios derechos considerados más débiles que el derecho a la vida para que en su agregado aparezcan sobreponiéndose a éste. Hay dimensiones cualitativas que disipan la duda; juegan, y mucho, desde que incluso la propia mujer embarazada seguramente ha de enarbolar el derecho a la existencia vital como su bien jurídico esencial.

La enunciación anterior ha buscado señalar que la penalización de prácticamente la totalidad de los

abortos supone la expresión jurídica de una política pública que fija un alto nivel de protección a la criatura por nacer, del que se derivan limitaciones al conjunto de libertades y derechos de la mujer que indudablemente condicionan su ejercicio.

6.2.El artículo 86 inciso 2 del Código Penal. Sentido de su aplicación al caso.á

a.áAhora bien en la especie aparece reivindicado el artículo 86 inciso 2° del Código Penal, precepto de mayor especificidad y concreción, aunque dotado de menor jerarquía normativa. Cabe entonces decidir en derredor de esta norma dos cuestiones: a) su aplicabilidad y alcance; b) su constitucionalidad.

Lo primero ha sido contestado positivamente en los votos a los que adhiero y de las referencias vertidas más arriba en el apartado 2.

El juicio de validez de la norma, por cierto, ha de llevarse a cabo con el objeto de establecer si cabe predicar si contradice el bloque de constitucionalidad o si, por el contrario, contempla una situación de excepción compatible con la juridicidad suprallegal.

Como es lógico, no haré un cotejo normativo en abstracto, sino en la precisa situación valorada en esta litis: el embarazo de una abusada sexual menor de edad que padece de trastornos mentales.

En rigor, el texto en la que se inserta fija la directiva para la resolución del conflicto jurídico que se presenta entre la vida o la salud de la mujer embarazada y la vida de la persona por nacer (art. 86 inciso 1°) o entre esta última y los derechos reivindicables por la mujer embarazada a causa de un abuso sexual (salud psíquica, dignidad, privacidad, ejercicio de la maternidad, autodeterminación personal, etc.).

El sistema jurídico argentino carece de una regulación adecuada en la materia sobre la que se inserta esta litis. No se han instituido, al menos de manera integral y ex ante de todo riesgo de comisión de una infracción penal, determinaciones comprensivas de las vicisitudes y conflictos de la mujer embarazada y su familia.

b.áEse sesgo y aquella carencia son paralelos a los vacíos que se perciben en el concreto campo de los cometidos del Estado. En el drama bajo examen aquí, la menor encinta, ni bien su madre denunció la existencia del abuso sexual, pudo ser asistida por el Ministerio público, tanto pupilar cuanto del área de atención a la víctima, y por los profesionales de la medicina. Actividad frustrada, según se ha visto, por la intervención de una agente fiscal, cuestión que claramente destacan la señora Procuradora General en su dictamen y el voto de mis colegas preopinantes.

Pero el problema real puesto al desnudo en situaciones generalizadas de precariedad trasciende la resolución judicial de casos como el presente: reviste un carácter estructural.

c.áCon estridentes declaraciones apenas se disimula la ausencia de políticas institucionales que atiendan el problema global de la maternidad y la niñez en su raíz. Escasa es la articulación entre los programas sanitarios con los educativos. La promoción de la sexualidad responsable en el marco de autodeterminación del proyecto personal de cada cual podrá figurar en algún texto legal (no parece muy claro que los efectos emergentes de la puesta en vigor de la ley 25.673 hayan sido satisfactorios en este plano) o un renglón de la agenda gubernativa; pero difícilmente habrá de realizarse si no comienza a revertirse la marginalidad y la exclusión sociales.

Entre tanto, miles de abusos sexuales, varios de ellos intrafamiliares, y de abortos clandestinos, sobre todo de menores, dan cuenta del descolorido pero angustiante paisaje de la indiferencia ante el padecimiento y la declinación social.

También en este contexto cabe situar la comprensión del tramo de realidad aprehendido en las normas en juego.

d.Su significado, dado un conflicto como el suscitado en este proceso, escapa los confines de la causal de justificación o de la condición de no punibilidad. La norma legal invocada no vale tan sólo, ni entra a jugar en modo exclusivo, una vez producido el acto que en su tipicidad aprehende el enunciado represivo del aborto.

Llega a cobrar significación ex ante, tal como lo ha establecido esta Corte en la sentencia dictada en

la causa Ac. 95.464. En tal sentido, pienso que si, como se ha dicho en ese fallo, del artículo 86 se desprende una protección a la mujer embarazada ante el riesgo de vida pero también a su salud que actúa sin necesidad de aguardar el perfeccionamiento del supuestamente previo ilícito penal, no se advierte el motivo para no seguir la misma interpretación en un suceso como el de autos.

e. Por lo que antes referimos (v. supra apartado 6.1.d.), la norma lejos está de habilitar a la mujer embarazada a disponer con plena libertad de su cuerpo en la medida en que con ello decida sobre el destino del niño por nacer. La presencia del embrión es un límite jurídico que inevitablemente debe incidir en la decisión que sobre el proceso de la maternidad podría reivindicar toda mujer. Más aún: salvo grave riesgo a su salud o a su vida, por principio los cuidados de la mujer han de estar destinados también a prevenir o evitar todo daño que afectare al embrión.

Esto significa que en el ordenamiento vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación y alumbramiento está fundamentalmente vedada y en la generalidad de las circunstancias es merecedora de reproche penal. Esa es la manera como el legislador ha conferido el resguardo al derecho de la persona por nacer.

f. Pero la conclusión anterior no lleva consigo, cual derivación ineludible, ni permite sostener que el nasciturus sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser impuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada; esto es, que sea oponible frente a cualquier sujeto, en absolutamente todas las alternativas de embarazo y cualquiera sea la causa que lo hubiese determinado.

Existen excepciones a la prohibición que enuncia la regulación represiva del aborto que, aunque en número muy reducido, llevan a interpretar que la protección dispensada al nasciturus, con ser prioritaria, no prevalece siempre.

Al presente, ya se ha dicho, el legislador consideró dos casos en que esa tutela puede negarse, en el sentido de detener la alta protección que, en términos de un deber jurídico de cuidado y prevención de todo daño, debe conferirse al feto. Uno es el que confronta la prosecución del embarazo con el riesgo cierto de muerte o de afectación a la salud de la mujer encinta (art. 86 inc. 1º, Código Penal). El otro opera cuando la concepción es producto de un abuso sexual.

En autos ese acto de crueldad se ha cometido sobre una persona menor privada de mínimas facultades mentales para discernir el sentido de la sexualidad. Según interpreto, tampoco podría comprender y realizar una maternidad. Aunque menos visible a primera vista, subyace un conflicto de derechos o si se quiere de bienes jurídicos similar al anterior. La ley lo ha discernido de igual modo, dando anticipada respuesta a la grave encrucijada.

### 6.3. Constitucionalidad del artículo 86 inciso 2 del Código Penal. á

Afirmada la aplicabilidad del enunciado normativo resta examinar su constitucionalidad, toda vez que aparecen en el proceso reparos al respecto. á

a. á Razonabilidad de la excepción que encierra la opción valorativa predispuesta por el legislador en la norma.

Procede evaluar si el estándar que está en la base de esa disposición resulta razonable en su confrontación con el bloque de constitucionalidad (art. 28, C.N.), a la luz de los intereses jurídicos en juego: de un lado, la vida del feto; del otro, el conflicto que plantea la maternidad de una mujer mentalmente inhabilitada (o con capacidad seriamente reducida) para comprenderla y ejercerla cabalmente (cfr., por todos, Bianchi, Alberto B., El problema constitucional del aborto [Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido], J.A. 1998, p. 64; v. tb. Contra el aborto, Bs. As. 1999, p. 99, 103 y ss.) que le viene impuesta por el abuso sexual del que fue víctima y no como fruto de una relación sexual libremente consentida. Ello, en el entendimiento de que para esa situación la norma predispone la solución del conflicto de bienes jurídicos en favor de la licitud de conferir básicamente a la mujer o a su representante legal opción por proseguir o interrumpir el embarazo en tan gravísimas circunstancias. á

i. Una solución legal que no imponga como ineludible camino la prohibición del aborto mal puede descalificarse como irrazonable en un trance crítico como el enjuiciado. Veamos.

Los derechos reconocidos, desde los más personalísimos hasta los patrimoniales, si bien reciben amparo jurídico, no necesariamente reclaman una protección igual. Es comprensible que no todos se encuentran tutelados, por ejemplo en la esfera punitiva y, dentro de ella, con la misma intensidad. Justamente, por ser, en esencia, el derecho penal de carácter fragmentario (y ultima ratio), la sanción punitiva se mueve de ordinario en un escalón posterior al de la protección jurídica establecida en otros ámbitos del derecho.

Ello establecido, cabe recordar que el bloque de constitucionalidad no brinda pauta alguna para afirmar que el feto deba ser equiparado en su protección jurídica a una persona nacida, como se arguye con invocación del artículo 16 de la Constitución Nacional.

La lectura de las normas que el Código Civil dedicada a los derechos y obligaciones de la persona y la de los derechos del por nacer, así como las del Código Penal, en cuanto prevén una punición menos severa para el delito de aborto en comparación con la del homicidio -lo que de manera prácticamente unánime se extiende en todos los ordenamientos jurídicos occidentales- da cuenta de esa tutela diferenciada.

Pero si el argumento de la discriminación para algo vale, como bien lo resalta la señora Procuradora General, lo es en otro plano. Entraría a jugar con el fin de perfilar acabadamente el sentido interpretativo que cabe conferir al artículo 86 inciso 2, evitando una desigualdad en el tratamiento dispensado a las mujeres. Cabría justificar, pues, desde esa óptica, sin lugar a mayores distinguos (aunque seguramente con diversos recaudos acreditativos relativos al hecho y la autoría del abuso sexual, como mínimo), la situación de la mujer abusada sexualmente y por ello embarazada demente o idiota, con la de la mujer violada y por ello embarazada que no padece de ese tipo de afecciones.

ii. En situaciones extremas de conflicto de bienes o intereses jurídicos, el ordenamiento por excepción llega a tolerar que un bien de menor o igual jerarquía ceda ante otro de mayor o igual rango (estado de necesidad justificante o disculpante, respectivamente; doct. art. 34 inc. 3º, C.P.). A veces también justifica la defensa de los propios intereses o los de un tercero, no sólo frente a ataques a bienes personalísimos sino aun frente a la propiedad, en detrimento de la vida o la integridad física de otro ser humano (v. gr.: la posibilidad de legítima defensa, art. 34 incs. 6º y 7º, C.P.). E, incluso, exime de reproche y pena, por inexigibilidad de otra conducta, a quienes se ven impedidos ante situaciones extremas de mantener su fidelidad al derecho (doct. art. 34, inc. 2º, alternativa final, C.P.).

Es que la juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta extremadamente altruista o heroica que lo lleve siempre, sin importar las circunstancias, a optar por la vida del prójimo frente a la realización de sus propios derechos.

Tampoco lo exige a la mujer embarazada, cuando su vida o su salud se enfrenta a la supervivencia de la persona «por nacer», brindando autorización legal expresa al llamado «aborto terapéutico», figura que de ninguna manera enerva la valoración realizada de la vida humana de la persona por nacer, como dije al expedirme en la tantas veces citada causa Ac. 95.464. En dicho supuesto, ante una puntual contraposición de bienes jurídicos, el legislador ha prefigurado la resolución del conflicto dando preeminencia a la vida o la salud de la gestante.

iii. Es cierto que el presente supuesto presenta un dilema más crítico que el del «aborto terapéutico», en tanto ya no se trata de la colisión de aquellos bienes jurídicos: «vida o salud de la madre - vida del feto». Aquí el trance opone la vida del feto con dignidad de la mujer (conformada ésta por la tutela de su honor, reserva y pudor sexual; el derecho a la autodeterminación de su plan de vida y de su maternidad, en tanto fue el producto de un acto carente de plena libertad [así, Gil Domínguez, ¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto?, J.A. 1996-I, 693 y ss.], a lo que se sumaría, la imposición de la maternidad a una mujer mentalmente inhabilitada -o con capacidad seriamente reducida- para comprenderla y ejercerla cabalmente [cf. Bianchi, ob. cit.]).

Pero no cabe duda que términos jurídicos se trata de un conflicto que razonablemente no cabe situar

en el ámbito de lo punible. Es preciso sopesar las presentes, pero también las futuras condiciones de vida de la embarazada para afrontar la maternidad, atendiendo a sus circunstancias personales, su ambiente social y la afrenta sufrida. Condiciones que, en la especie, tienen el sello de la inviabilidad, en atención al padecimiento mental de la encinta.

Con reiteración cabe destacar que estemos en presencia de una excepción a la interdicción legal para toda interrupción de un embarazo. Pero ello de ninguna manera conduce mecánicamente a la realización del aborto: su determinación dependerá de precisas condiciones de hecho, de consentimientos claramente expresados y del arbitrio profesional de los médicos que atiendan a la joven encinta. Configura un tratamiento de excepción que, como seguidamente ha de exponerse, forma parte de lo que podría denominarse la conciencia jurídica media.á

b. Criterios de los organismos internacionales de derechos humanos que justifican la razonabilidad de la opción valorativa predispuesta en la norma.á

Las prácticas abortivas, no como conducta necesaria, reitero, sino como opción valorativa no inculpada -y en esos términos, admitida como posibilidad- de la mujer violada absolutamente inhábil para haber comprendido el sentido de la sexualidad y para afrontar una maternidad, integra el listado de situaciones que se identifican o indican como excepciones razonables a la tutela de la persona por nacer.á

b.1.áComisión Interamericana de Derechos Humanos

i.áLa Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las normas de esa índole en el sistema regional americano, tuvo ocasión de expedirse tempranamente sobre si las disposiciones relativas a la protección de la vida, básicamente el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, eran compatibles con la opción de la mujer de acceder en determinados supuestos a la realización de prácticas abortivas no inculpadas.

La consulta había sido formulada por miembros del grupo "Catholics for Christian Political Action", de los Estados Unidos de América, a raíz de la absolucón de un médico que llevó a cabo la interrupción de un embarazo, conforme a la legislación de su Estado y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sentada en el conocido precedente "R. vs. W. " [410 U.S. 113 (1973)]. Los peticionarios solicitaron a la Comisión que declarase a los Estados Unidos en violación al derecho a la vida de acuerdo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, teniendo presente que si bien por no ser signatario del Pacto de San José de Costa Rica la nación norteamericana no estaba obligada por la Convención Americana de 1969, al formar parte de la Organización de los Estados Americanos debía respetar la señalada Declaración.

ii.áLa Comisión realizó un riguroso examen de las normas comprometidas. Apeló a los orígenes o antecedentes de los textos porque de ellos pudo extraer el sentido de los términos empleados. Pero además no se detuvo en el examen de la Declaración de 1948; fijó el estándar de interpretación aplicable a la Convención de 1969.

Estimo innecesario transcribir la totalidad del texto del pronunciamiento de la Comisión, que se identifica de la siguiente manera: "Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos de América. 6 de marzo de 1981" (consultar en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)).

Baste mencionar que, con respecto a la Declaración de 1948, el organismo destacó que los estados signatarios rechazaron "cualquier redacción que hubiera extendido ese derecho [se refiere al derecho a la vida] a los que están por nacer ... [y] ... la Conferencia ... adoptó una simple declaración del derecho a la vida, sin referencia a los que están por nacer y lo vinculó a la libertad y seguridad de la persona. Parecería entonces incorrecto interpretar que la Declaración incorpora la noción de que exista el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Los signatarios enfrentaron la cuestión y decidieron no adoptar un lenguaje que hubiera claramente establecido ese principio" (v. par. 14).

El cambio en los textos y el acuerdo alcanzado a nivel interamericano, mencionado en este caso, es objeto de detalle en el párrafo 19. Allí en su apartado e) se identifican los casos en que procedía

autorizar prácticas abortivas con arreglo a la legislación de los distintos países, entre los cuales son detallados los siguientes "para interrumpir la gravidez de la víctima de un estupro". Mientras que en el punto f) se individualizan los de "... los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico [luego corregida]", consignándose puntualmente, junto con varios otros, el caso de Argentina y del artículo 86 en sus dos incisos.

Ahora bien, en cuanto al Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 4 aloja el núcleo principal del tema que nos preocupa en estos autos, la Comisión explica cómo la redacción del derecho a la vida ha sido muy cuidadosa y conciente de las distintas regulaciones nacionales. De allí que, describiendo el proceso de elaboración de la norma, en su pronunciamiento enfatiza el significado de la calificación "en general" inserta en ella, el cual no ha sido otro que posibilitar la subsistencia -por no contrariedad o incompatibilidad- de la preexistente legislación doméstica no restrictiva respecto de algunos casos de abortos que allí se mencionan (entre los que están comprendidos los previstos en el artículo 86 del Código Penal) y con ello evitar también una posible colisión con el artículo 6.1. del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. Así es como se puntualiza que en la sesión de redacción de San José "... [se reconoció] ... que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Parte en una futura convención podrían incluir en su legislación local los más diversos casos de aborto".

iii. Por ello discrepa con la inteligencia asignada por los peticionarios a la norma de la Convención y concluye sosteniendo que esa interpretación era "incorrecta". Para el cuerpo -en suma- "... la adición de la frase «en general, desde el momento de la concepción» no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula «en general, desde el momento de la concepción» son substancialmente diferentes de la cláusula más corta «desde el momento de la concepción», que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios" (par. 30).

b.2. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

i. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha tenido varias intervenciones merced a las cuales, se ha consolidado una senda hermenéutica de similar relevancia a la acuñada en su hora por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, forjando un criterio de interpretación de los diferentes enunciados normativos comprometidos en esta problemática que permite identificar y hacer valer, cuando menos, el conjunto de excepciones razonables capaces de erigirse frente a las interdicciones jurídicas generales a las prácticas médicas de interrupción de los embarazos que resultan del nivel de protección del embrión humano.

ii. Al examinar el reporte sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en el año 1996 tuvo ocasión de dar su parecer acerca las normas que estimó "restrictivas" en materia de aborto, y que a su juicio sometían a las mujeres a un trato inhumano, contrariando el artículo 7 del Pacto. El criterio fue reiterado en el año 2000, cuando calificó a la penalización del aborto -entendiendo, en el nivel con que estaba previsto en la legislación del país- incompatible con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15 de noviembre de 2000, U.N. CCPR/CO/70/PER, par. 20).

En el tratamiento del caso de Chile, recomendó expresamente "... que se revise la ley [penal] para establecer excepciones a la prohibición general de todo aborto", en tanto, consideró que todo Estado Parte tiene el deber de "... adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres que deciden interrumpir su embarazo" (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 3 de marzo de 1999, U.N. CCPR/C/79/Add.104, par. 15).

Las observaciones finales para Guatemala refieren también la posición del Comité en orden al "... deber de garantizar el derecho a la vida (art. 6) de las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su

embarazo...", considerando necesario enmendar la legislación nacional "... para establecer excepciones a la prohibición general de todo aborto", dado que la regulación vigente sólo excluye de punibilidad al supuesto de "... peligro de muerte de la madre" (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala, 27 de agosto de 2001; U.N. CCPR/CO/72/GTM, par. 19).

Con respecto a la situación en Colombia, expuso que el "... Estado Parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descriptos ... [ "mujeres víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo"] no constituyan una ofensa penal" (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 26 de mayo de 2004; U.N. CCPR/CO/80/COL. 2004, par. 13).

Por fin, en relación con nuestro país en el Documento U.N. CCPR/CO/70/ARG. (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3 de noviembre de 2000) se dice lo siguiente: "... preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado" (par. 14). En adición, se recomienda, entre otras determinaciones, la adopción de "... medidas para aplicar la Ley de salud reproductiva y procreación responsable" (par. cit.).

Con términos similares, el Comité se ha pronunciado al formular sus observaciones finales sobre los casos de Bolivia (U.N. CCPR/C/79/Add.74; 1997), Camerún (U.N. CCPR/C/79/Add.116; 1999), Costa Rica (U.N. CCPR/C/79/Add.107; 1999, par. 11), Ecuador (U.N. CCPR/C/79/Add.92 1998, par. 11), Polonia (U.N. CCPR/C/79/Add.110 1999, par. 12) y Venezuela (U.N. CCPR/CO/71/VEN 2001, par. 19), entre otros.

iii. En fecha más reciente, se ha producido otro pronunciamiento de la citada agencia internacional.

Se trata del dictamen que, esta vez ante un caso individual (KLL vs. Perú), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expidió el día 24 de octubre de 2005 a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1153/2003.

El reclamo se basaba en que a la mujer reclamante se le había denegado por los cuerpos médicos una intervención de características similares al aborto terapéutico, por estimarse que ella configuraría un supuesto incriminado por el Código penal del Perú. Una serie de cuestionamientos formulados por la joven debió tratar el Comité; entre otros, los siguientes: i] discriminación (art. 3 del Pacto) en el acceso a los servicios de salud, ii] violación a su derecho a la salud (art. 6 del Pacto); iii] imposición de una obligación de continuar de manera forzada con el embarazo como trato cruel e inhumano (art. 7 del Pacto); iv] lesión a su derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva (art. 17 del Pacto).

En primer término, recordando lo ya señalado en su Observación General No.20, el Comité puso de relieve que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no se restringe al dolor físico, sino "... también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores" (cfr. tb. Observaciones General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.). En razón de ello estimó que los hechos examinados revelaban una violación del artículo 7 del Pacto (v. punto 6.3. del dictamen).

También ponderó que en las circunstancias fácticas tenidas en consideración, la negativa a brindarle a la mujer la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo había importado, de parte del Estado, una interferencia arbitraria en su vida privada (v. punto 6.4. del dictamen); o, como se dice expresamente, que "... la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto" (punto cit.). Por otra parte, el Comité observó en modo expreso "la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de

edad" (punto 6.5. del dictamen).

En definitiva, el organismo concluyó que los hechos valorados ponían de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto (punto 7 del dictamen).

iv. La reseña expuesta muestra una clara tendencia orientada a sostener, cuanto menos la justificación o reconocer razonable en términos de compatibilidad con los tratados de derechos humanos, la previsión de un círculo de excepciones a la protección absoluta de la persona por nacer o, lo que es lo mismo, a permitir en ciertos casos muy graves la opción por una práctica abortiva legal, controlada y segura.

c. Los pronunciamientos reseñados, provenientes de organismos de aplicación de tratados internacionales de protección de derechos humanos cobran una incidencia de primer orden como pauta o directiva hermenéutica en situaciones similares.

i. Como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voluntad expresa del constituyente la jerarquía normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, C.N.). Esto implica que las normas que el Tratado contiene rigen en principio tal como en aquel sistema efectivamente operan, considerando los antecedentes de los órganos internacionales competentes en los que han dispuesto su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555).

ii. El criterio ha sido mantenido por la Corte en su actual integración. Por referirme a algunos de los precedentes en esta dirección vale apuntar que ya en la causa "B." (CSJN, sent. de 11/12/2003) había rechazado en esta materia la posibilidad de realizar una interpretación rígidamente literal (en ese caso del concepto "irrecurribilidad" del art. 115, CN) despojada del sentido asignado al bloque de la constitucionalidad (consid. 2 del voto del doctor Petracchi en Fallos 323:2659; v. cons. 9º) tomando en consideración opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y decisiones de la Corte Interamericana.

En el precedente "R. C." (in re: "Recurso de hecho deducido por H. A. R. C. en la causa R.C., H. A. s/ ejecución penal", sent. de 9-3-2004; v. consid. 11º) se valoró a las opiniones de la Comisión Interamericana como una guía interpretativa para la Corte.

Al fallar en el caso "S." (v. in re S. 1767. XXXVIII. RECURSO DE HECHO.S., J. H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-, sent. de 14.V.2005) ese Tribunal puso de resalto que "... el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales", con la incorporación de los pactos, en razón de la "progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos ..." (consid. 14º). Y añadió que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana "... constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ..." (consid. 17º).

Por fin, el temperamento comentado ha sido ratificado, entre otros, en el caso "C." (C. 1757. XL.C., M. E. y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-, sent. de 20/9/2005).

d. Para no sobreabundar me permitiré destacar que la línea de razonamiento expuesta en torno a la aceptabilidad constitucional o justificación a la luz de los sistemas internacionales de derechos humanos de determinados casos de interrupción de embarazos, ha sido recogida, con lógicas variantes por cierto, en trascendentes pronunciamientos de tribunales y cortes constitucionales.

Simplemente mencionaré a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (v. caso R. vs. W., antes citado, entre varios otros de ese tribunal); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. entre los últimos, los dictados en los casos 53924/2000, sentencia de 8/7/2004, en línea con sus anteriores pronunciamientos en los casos: 42326/1998, sentencia de fecha 13/2/2003, y sus respectivas citas), y el Tribunal Constitucional Español (sentencia 53/85, de fecha 11/4/85, y, entre otros; v. tb. la reseña que consigna Gil Domínguez, A. en Aborto voluntario, vida humana y Constitución, cit. ps. 223 y ss., y Bianchi, Alberto B., En contra del aborto, p. 48 y ss.).

7. La decisión jurídica aplicable al caso

a. En suma: la Corte ha debido expedirse en un proceso de origen un tanto equívoco. Un asunto lleno de connotaciones que a todos aflige. Ahora el Tribunal debe resolverlo en el marco de su competencia, un espacio diferente al propio de las íntimas convicciones religiosas o morales que nutren el ideario de sus miembros. Porque su deber primordial es obrar con arreglo a derecho (art. 18, C.N.; 171 Const. Pcial.).

b. En cuanto a la medida asistencial complementaria propuesta por mis colegas preopinantes con quienes concuerdo en la solución del caso, doy también mi adhesión.

c. Por todo lo expuesto, estimo que corresponde decidir estas determinaciones:

1°. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido.

2°. Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, materia del recurso.

3°. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 86 inciso 2° del Código Penal.

4°. Declarar que, en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L.M.R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su *lex artis* y sea solicitada -o mantenida la petición anterior- por la representación legal de la menor en función de las opciones vitales factibles, intereses y deseos de esta última, y teniendo en cuenta el marco de su reducido discernimiento.

5°. Comunicar a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia, el contenido de la presente.

6°. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L.M.R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas.

Con tal alcance, voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Adhiero a lo expuesto por mis distinguidos colegas, doctores Genoud, Kogan y Soria, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

## I. ANTECEDENTES

Por economía procesal me remito al relato del caso expuesto por el Juez del primer voto.

Antes que nada importa poner de relieve que a mi criterio el pronunciamiento sub examine ha violado el postulado de la congruencia (art. 163 inc. 6 Código Procesal Civil) ya que ratificó el fallo de grado que se ha expedido sobre cuestiones no propuestas oportunamente (SCBA: Ac. 65.396, Sent. del 05/04/2000; Ac. 67.181, Sent. del 21/03/2001; L. 72.260, Sent. del 16/05/2001; Ac. 69.113, Sent. del 21/11/2001, etc.).

En efecto, téngase presente que no surge de los actuados que la señora madre de L.M.R. haya impetrado autorización para realizar el aborto de su hija.

Considero que en la causa no hubo un pedido para practicar el aborto conforme lo paso a explicar:

A raíz de que la progenitora de la joven damnificada manifestó ante el Centro de Asistencia a la Víctima su voluntad de que se interrumpiera el embarazo, dicho organismo lo hizo saber a la Asesora de Incapaces, doctora Ozafrain de Ortiz con fecha 28 de junio.

La Asesora dio intervención al titular de la Defensoría General Departamental, doctor Omar Ozafrain, quien el 29 de junio entrevistó a la madre de la joven la que autorizó a dicho funcionario a realizar todas las gestiones necesarias para la aludida práctica quirúrgica, en el marco del art. 86 inc. 2 del Código Penal. Dicho funcionario consideró innecesario requerir autorización en sede judicial para proceder a la interrupción del embarazo.

Debido a las gestiones aludidas, el Hospital San Martín dispuso la internación de la afectada el día 4 de julio a fin de realizar los estudios prequirúrgicos correspondientes.

El nosocomio dispuso una reunión con el Comité de Bioética para el día 6 de julio, aguardándose su

anuencia para efectuar un "raspado".

Paralelamente, el 4 de julio la Fiscal que investigó el abuso sexual dio intervención al Tribunal de Menores N° 5 con fundamento en: a) que no sería aplicable al caso la doctrina establecida por esta Corte en Ac. 95.464 (SCBA. "C.P.d.P., A.K. s/ Autorización" Sent. del 27-6-2005) por cuanto tal precedente se refirió a un aborto terapéutico y no a uno eugenésico, b) que el art. 86 inc. 2 del Código Penal es de dudosa constitucionalidad y c) que no se encontraría probado cuál es el grado de incapacidad de la joven.

Dicho órgano sustanció un procedimiento con intervención de Asesores de Incapaces para resguardar tanto los intereses de la joven embarazada como los del feto.

A consecuencia de tal sustanciación, el día 7 de julio compareció ante la Jueza de Menores la madre de la menor y en el acta respectiva se dejó constancia de lo siguiente: "... Que la dicente solicita que se le practique un aborto. Que por la salud de su hija no va a permitir que lo tenga. Que su hija no puede trabajar para mantenerlo y ella tampoco. Que se le hace saber que hay otras alternativas y que si no lo puede criar puede entregar al bebe en adopción. Que la dicente se altera y dice que no lo va a permitir, que solo quiere que se ampare a su hija y que no va a permitir que lleve adelante el embarazo. Que no tiene nada que agregar ..."

Resulta forzado, a mi juicio, entender que en todo el contexto descripto deba dársele a esta manifestación el alcance de un "pedido de autorización de aborto".

Y ello porque la manifestación de la madre de la joven tuvo lugar el día 7 de julio cuando ya desde el día 29 de mayo se habían iniciado las tramitaciones ante el Hospital público para la interrupción del embarazo, sin que nadie se hubiera presentado a la jurisdicción a solicitarlo. Y también porque, si se lee íntegramente el párrafo respectivo, lo que la declarante expuso fue su decisión al respecto.

Es verdad que al efectuar la denuncia penal por el abuso sexual, A. (la progenitora de la embarazada), luego de exponer los hechos y ante la pregunta de si tenía algo más que agregar dijo: "... yo sólo quiero saber si es posible interrumpir el embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece ...", etc. Pero igualmente por el contexto descripto, no puede razonablemente afirmarse que de este modo haya escogido presentarse ante la justicia a pedir la autorización en cuestión cuando lo que hizo fue formular la denuncia de un delito. Y en todo caso, como la causa lo indica, no se dio trámite a un pedido de tal índole sino a uno exactamente contrario -de oposición-, como se expondrá enseguida.

En suma, a mi criterio ni las interesadas directas, ni la Asesoría de Incapaces, ni la Defensoría General se presentaron ante la jurisdicción a "pedir" una autorización.

En cambio, lo que se produjo fue la oposición de la Fiscalía a una praxis médica que se encontraba en curso. Dicha presentación fue acogida por el Tribunal de Menores bajo la forma de una medida cautelar que generó la suspensión de la intervención en cuestión.

La participación jurisdiccional en relación al aborto del art. 86 inc. 2 del Código Penal se originó cuando ya estaba avanzado el procedimiento extrajudicial para realizar la práctica médica de referencia que, tanto la Defensa Oficial como el Hospital Público, consideraron prevista y autorizada por el precepto que acabo de citar.

Esa actuación no encuentra fundamento -según mi parecer- en una solicitud de autorización de aborto -que reitero no existió- sino en una oposición a que se practicara el mismo.

Ahora bien, de las constancias de autos resulta que:

a) La intervención médica fue promovida por el Defensor General en representación de la madre de la afectada, a quien a su vez representa.

b) La posibilidad de efectuar la práctica en cuestión estaba siendo evaluada por un Hospital público con la participación de un Comité de Ética.

c) Hay denuncia de un abuso sexual respecto de la joven embarazada, que además padece un retraso mental. Su edad cronológica es de diecinueve años pero la edad mental es de aproximadamente ocho.

d) La jueza de menores expresó en su resolución (fs. 63 vta.) que no existían dudas de que la joven L.M.R. es víctima de un abuso sexual (lo que no ha sido controvertido en autos).

Por lo tanto, las circunstancias del caso no permiten afirmar que la intervención quirúrgica exceda el ámbito de una conducta permitida, como más adelante lo pondré de relieve.

El desempeño de la profesión médica -y no solamente de ella- supone el conocimiento del marco jurídico en el cual se ejerce y en él se encuentra también la disposición del art. 86 inc. 2 del Código Penal.

En tal desempeño y en relación al caso allí previsto, les corresponde a los facultativos evaluar, al sólo efecto del ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes que su profesión importa, si concurren las circunstancias previstas en esa regla.

Nada indica que deba ser un juez el que necesariamente tenga que opinar respecto de la presencia de los requisitos para una actuación lícita. Y digo "lícita" pues no se trata en el caso del art. 86, inc. 2 de una mera excusa absolutoria.

Así la cuestión integra el contenido de la responsabilidad de los galenos, auxiliados en estos casos por los Comités de Bioética.

Con lo aquí dicho podría cerrar mi voto y revocar el pronunciamiento atacado, pero casi en silencio y sin golpear la puerta entra un ¿"tercero"? en estos autos (el nasciturus) y a través de su "representante" pone la pica en Flandes sobre la delicadísima cuestión constitucional y suprallegal, deviniendo luego una medida cautelar. Ese grave problema humano, con bordes éticos y jurídicos, que debió ser resuelto por los médicos aparece ante la justicia, y entonces, ¿qué hacemos?.

## II. ¿DEBEN LOS JUECES AUTORIZAR ESTE TIPO DE PRÁCTICAS?

Paréceme necesario reiterar que tanto el pronunciamiento de la alzada, como el de la instancia primera han resuelto cuestiones no sometidas a su decisión por lo que -como puse de relieve- estamos en presencia de pronunciamientos ultra petita (art. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil), que no pueden permanecer enhiestos, ello sin perjuicio de los demás vicios que le adjudico al fallo impugnado y que luego relataré.

En efecto, la medida cautelar dictada en estos actuados irrumpió justo en el momento en que el Comité de Ética iba a tratar la problemática médica de la realización o no de la medida quirúrgica reclamada por la madre de la menor incapaz.

Es obvio destacar que el Código Penal no contiene norma alguna que autorice a los jueces a permitir un aborto. Se trata de un delito tipificado en el artículo 85 y concordantes de ese cuerpo legal cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona: los galenos, los cirujanos, los farmacéuticos, etc., en la medida que abusen de su especialidad para efectivizar esta práctica.

El inciso segundo del artículo 86 del ordenamiento aludido dispone que tal acto "no es punible ... si el embarazo proviene de una violación ... cometida sobre una mujer idiota o demente ... en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

La regla genérica -como dije- prohíbe tal operación en forma general (artículo 85) pero la particular (artículo 86 inciso 2 in fine) tolera llevarla a cabo exclusivamente a aquella mujer que haya sido violada y que padezca de idiotez o de demencia, con la anuencia de sus representantes.

Aquí las palabras utilizadas por el ordenamiento penal -"idiota" o "demencia"- deben ser entendidas en sentido amplio como una "incapacidad" que le impida a la mujer comprender las consecuencias del acto sexual y del eventual embarazo.

Me parece superfluo traer a colación definiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre "aborto eugenésico" o "sentimental", porque el nombre no cambia la sustancia.

La sujeto pasiva del supuesto delito de violación cuyas posibles consecuencias quirúrgicas estamos analizando, si bien padece de una enfermedad que -como veremos- se asimila sin hesitación al antiguo concepto jurídico de "idiota", no puede ser considerada "demente" ya que por ahora no existe ninguna sentencia jurisdiccional que le asigne tal situación jurídica de conformidad con lo dispuesto en el art. 140 del Código Civil (Anderegge, Vicente E., "El llamado aborto eugenésico y las facultades de los jueces", El Derecho, Tomo 182, pags. 456 y sig.).

Ahora bien, si observamos que de fs. 13, 14, 15, 49 vta y 57/58. se puede inferir que la sujeto pasivo

de la violación, L.M.R., sufre de un retraso mental moderado equivalente a una persona de 8 años de edad, no cabe vacilación alguna que la misma cae dentro de la concepción emanada del no demasiado claro art. 86 inc. 2 del cuerpo legal aludido.

En efecto, en la Clasificación de Trastornos Mentales CIE 10 se explica así, "Retraso mental moderado: Los individuos incluidos en esta categoría presentan una lentitud en el desarrollo de la comprensión y del uso del lenguaje y alcanzan en este área un dominio limitado. La adquisición de la capacidad de cuidado personal y de las funciones motrices también están retrasadas, de tal manera que algunos de los afectados necesitan una supervisión permanente. Aunque los progresos escolares son limitados, algunos aprenden lo esencial para la lectura, la escritura y el cálculo".

"Los programas educativos especiales pueden proporcionar a estos afectados la oportunidad para desarrollar algunas de las funciones deficitarias y son adecuados para aquellos con un aprendizaje lento y con un rendimiento bajo. De adultos, las personas moderadamente retrasadas suelen ser capaces de realizar trabajos prácticos sencillos, si las tareas están cuidadosamente estructuradas y se les supervisa de un modo adecuado ...". "Rara vez pueden conseguir una vida completamente independiente en la edad adulta. Sin embargo, por lo general, estos enfermos son físicamente activos y tienen una total capacidad de movimientos. La mayoría de ellos alcanza un desarrollo normal de su capacidad social para relacionarse con los demás y para participar en actividades sociales simples...".

"Pautas para el diagnóstico: El Coeficiente Intelectual está comprendido entre 35 y 49. En este grupo lo más frecuente es que haya discrepancias entre los perfiles de rendimiento y así hay individuos con niveles más altos para tareas viso-espaciales que para otras dependientes del lenguaje, mientras que otros son marcadamente torpes, pero son capaces de participar en relaciones sociales o conversaciones simples. El nivel de desarrollo del lenguaje es variable, desde la capacidad para tomar parte en una conversación sencilla hasta la adquisición de un lenguaje sólo suficiente para sus necesidades prácticas ...".

"Algunos nunca aprenden a hacer uso del lenguaje, aunque pueden responder a instrucciones simples. Algunos aprenden a gesticular con las manos para compensar, hasta cierto grado, los problemas del habla. En la mayoría de los que se incluyen en esta categoría puede reconocerse una etiología orgánica. En una proporción pequeña pero significativa están presentes un autismo infantil o trastornos del desarrollo, los cuales tienen una gran repercusión en el cuadro clínico y en el tipo de tratamiento necesario. También son frecuentes la epilepsia, los déficits neurológicos y las alteraciones somáticas, sobre todo en los retrasos mentales moderados, a pesar de lo cual la mayoría pueden llegar a ser capaces de caminar sin ayuda. Algunas veces es posible identificar otros trastornos psiquiátricos, pero el escaso nivel del desarrollo del lenguaje hace difícil el diagnóstico, que puede tener que basarse en la información obtenida de terceros" (Décima Revisión de la Clasificación Estadística Internacional de las Enfermedades y Problemas de la Salud. OMS. CIE 10. F 71).

Y traigo esto a colación para evitar toda dubitación en cuanto a la terminología utilizada por el Código Penal en relación con la medicina. La palabra "idiota" no tiene para nada un concepto peyorativo sino que indica, en una antigua y discutida terminología, una situación psíquica-patológica como la que padece la mujer que convoca estas actuaciones.

En suma, la expresión "retraso mental moderado" se acomoda al término "idiota" enclavado en el Código Penal (véase Cabello, Vicente, "Psiquiatría forense en el derecho penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires. conf. Parot, Antoine, "Diccionario de Psiquiatría. Clínica y terapéutica", Ed. Labor. Buenos Aires).

Para subsumir esta situación en el precepto tantas veces citado, puede afirmarse con verosimilitud que L.M.R. fue violada (de abuso sexual habla la Jueza de Menores), ello así pues tal afirmación ha sido expresada en la sentencia de origen no encontrando motivos para apartarme de ello. Además es obvio que no podemos esperar la condena penal para tener la certeza del delito sexual.

Configurado el tipo penal en cuestión y el campo operativo del aludido precepto, resulta claro -según mi entender- que los judicantes no deben arrogarse la potestad de decidir un aborto en la

particularísima circunstancia de autos ni de prohibirlo porque el motivo de justificación o desincriminación antes referido juega a favor de los médicos y en todo caso de la afectada y no exige la intervención de los magistrados judiciales como "autorizantes".

En este aspecto coincido con el lúcido voto del doctor Roncoroni emitido en la causa Ac. 95.464 (SCBA, "C.P.d.P., A.K. s/ Autorización", sent. del 27-6-2005) cuando se refiere al artículo 86 inciso 1 del ordenamiento analizado -aborto terapéutico- que a mi modo de ver -como recurrentemente expresa la Asesora de Menores, doctora Ozafrain de Ortiz (fs. 41/44 y 65/71)- es aplicable mutatis mutandi al asunto aquí juzgado en cuanto a la exclusiva potestad médica para resolver la problemática. Sostuvo allí el aludido Magistrado que "A la luz de la norma transcripta [menta el art. 86 inc. 1 del Código Penal], los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habrá de acudir a la consulta médica o la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de Bioética -como se hizo en el caso- pero nunca al Juez. ¿A guisa de qué ha de intervenir el Juez?. ¿Acaso estará llamado a jugar el rol de censor, supervisor médico o perito médico de los médicos?. No parece que esto entre en el campo de conocimiento de los jueces. La prudencia que integra la voz con que se suele denominar a la ciencia del derecho (jurisprudencia) y esa regla de oro que es la razonabilidad rechazan de plano tal pensamiento" (ap. 3.4.1).

Por ello sostengo que si una conducta no está descripta como delito no corresponde solicitar permiso -previo, valga la redundancia- a los jueces para llevarla a cabo; es lo que sucede en el asunto aquí ventilado, pues el código citado evalúa como "no punible" el aborto practicado a una mujer violada que sea idiota o demente (art. 86 inc. 2) sin perjuicio de la evaluación ex post que haga la justicia criminal -si correspondiere- en cuanto a la aplicación de tal precepto.

Quiero dejar bien en claro -discúlpeame la hipérbole- que cuando aludo al enfoque criminalístico de la cuestión sub exámine y en particular al art. 86 inc. 2 del Código Penal, en ningún momento estoy ordenando que se lleve adelante la práctica quirúrgica interrumpida por la Magistrada de la instancia liminar. Que el aborto esté desincriminado en las circunstancias particulares de autos -y por ende permitido, según creo-, no quiere decir que sea obligatorio que los galenos lo lleven a cabo, eso depende de ellos y de la parte afectada.

Desde esta vertiente ha señalado con buen tino Moreno en relación al precepto de marras que "...Los médicos tienen deberes profesionales que cumplir, limitados por las reglas de las leyes y por la conciencia de cada uno. El deber primordial es el de conservar la vida y la salud del paciente y a eso se dirigen todos los esfuerzos. Cuando se presenta un caso de conflicto profesional procede, de acuerdo con los imperativos de su fuero interno, no pudiendo incurrir en delito cuando obra en cumplimiento de un deber. Lo contrario equivaldría a desnaturalizar el concepto mismo de las leyes represivas".

"El que cumple con su deber o el que causa un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño, no pueden ser considerados como delincuentes" (Moreno, Rodolfo (h), "El Código Penal y sus antecedentes", Ed. Tomassi, Bs.As. 1923, t.III, pág. 422).

No se me escapa que a esta altura de los acontecimientos L.M.R. según las constancias que existen en los autos lleva más de cuatro meses de gestación, situación esta que le agrega una cuota más de incertidumbre a este penoso drama, ya que no sé si los profesionales de la salud dispondrán -en caso de que se revoque el decisorio recurrido- la práctica quirúrgica hasta ahora frenada.

Por ello quiero dejar bien en claro que si deciden ejecutarla -sin que lo que voy a decir implique una orden ni un consejo para ellos que son quienes finalmente deben decidir y están capacitados para hacerlo- tendrán que evaluar con mucha cautela y prudencia la procedencia de la misma, porque como ha dicho mi distinguido colega el doctor de Lazzari en la causa Ac. 95.464, en la que tuvo la gentileza

de traer a colación mi opinión como doctrinante "... En el tiempo -por más corto que haya sido- que ha insumido este proceso pueden haberse generado circunstancias que de alguna manera difieran de las existentes en el momento cronológico en que el fallo naciera y que aconsejen temperamento diverso" ... "Lo corriente en toda sentencia es que sus consecuencias, sin perjuicio de aprehender el pasado, también operen para el futuro, hacia adelante, vinculando a los acontecimientos jurídico-procesales que afecta y que surgen de ahí en más, y por regla general su eficacia sobre momentos posteriores no tiene límites fijos ni está temporalmente definida ... así ..., quien advierte que no obstante tal principio general a veces la limitación se produce y se origina en fenómenos de modificación en el tiempo que terminan por incidir en el fallo. Todas las sentencias están basadas en ciertos acontecimientos, que al ser valorados por el órgano jurisdiccional conducen la dirección del fallo a una conclusión determinada. Pero como el tiempo influye en todas las cosas, muchas veces sucesos posteriores conforman una realidad distinta, en la llamada inexactitud subsiguiente susceptible de generar una verdadera injusticia en caso de ser mantenida" (apart. VII.2).

### III. ¿EXISTEN SIMILITUDES ENTRE LAS DISPOSICIONES DE LOS INCISOS 1º Y 2º DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL?. PLANTEO CONSTITUCIONAL.

Creo necesario saber si existen algunos puntos de contacto entre lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 86 del cuerpo legal de referencia que apunta a evitar un peligro para la vida o la salud de la madre encinta, y el inciso 2º de dicha norma, que se refiere a la mujer violada en la situación de incapacidad (motivo de este pleito).

Haciendo una primera mirada desde la lejanía -para luego ajustar la lente- parecería que estamos en presencia de circunstancias diferentes, ya que en el primer caso hay dos vidas en peligro (la de la madre y la del nasciturus), mientras que en el segundo está en riesgo la salud mental (y no física) de la menor violada; y esta dicotomía la pongo bajo el microscopio partiendo de la base de que en la primera hipótesis la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de la Nación, como la de este Tribunal Superior local (CSJN 324:5, Sent. del 11/01/01; CSJN 324:4061, Sent. del 07/12/01; SCBA Ac. 82.058, Sent. 22/07/2001; SCBA Ac. 91.478, Sent. del 05/05/2004; SCBA Ac. 95.464, Sent. del 27/06/2005) no ha prohibido esta práctica cuando se dieron ciertas circunstancias muy particulares, como la anencefalia, pese a que se consideró que tal actividad médica no era abortiva.

Ahora bien, la "menor" "idiota" y "violada" que porta en su seno un embarazo no querido e impuesto por la fuerza física o psíquica abusando de su patología ¿debe obligatoriamente seguir cursándolo? Éste es -como anticipé- un verdadero dilema ético, moral y jurídico que tiene diversos bordes y contrabordes, marchas y contramarchas. Pero como la Asesora de Menores hizo un planteo de constitucionalidad que ha sido de alguna manera gambeteado por el fallo atacado, que sólo evalúa el derecho a la vida considerado en abstracto sin su debida correlación con el art. 86 inc. 2 del ordenamiento penal antes aludido, me veo obligado a entrar en estos curvados meandros del análisis suprallegal de la problemática oteando las normas constitucionales y los tratados internacionales que garantizan el derecho a la vida y su correlación con los preceptos infraconstitucionales.

Y esto lo hago -repito hasta el hartazgo- no para darle vía libre o prohibir el aborto del art. 86 inc. 2 del Código Penal, sino para saber si este último precepto encaja en la pirámide jurídica pergeñada por Kelsen (art. 31 de la Constitución Nacional) y en todo caso para evitar que los médicos llamados a decidir este álgido conflicto pudieran verse remisos a llevar a cabo la práctica, si la consideran pertinente.

Ha dicho la Corte Suprema de la Nación -en postura que en principio comparto- que "... los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y la coordinación es el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos subsistan en armónica coherencia, ello es así en tanto no haya sido el constituyente quién atribuyera específicamente a ciertas garantías una importancia superior (Voto del doctor Augusto César Belluscio)" (C.S.N., M. 368. XXXIV. T. 324. P 2895).

Señaló también al más alto órgano jurisdiccional del país que "es regla en la interpretación de las

leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ese propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis" (Competencia N° 71. XXI. T. 310. P. 500).

Para dilucidar esta "aparente" contradicción normativa entre el derecho a la vida desde la concepción y la posibilidad abortiva en el especialísimo caso del art. 86 inc. 2 del Código Penal, hay que acudir sin eufemismos a una correcta hermenéutica porque cualquiera sea el método que se quiera utilizar implica siempre un acto de comprensión -y por consecuencia una toma de posición axiológica-; y ello es así si se tiene en cuenta que los magistrados judiciales no sólo evalúan conductas sino también normas jurídicas, puesto que eligen -en un acto de decisión valoradora- aquellos preceptos del ordenamiento que consideran aplicables al caso, "... pero no es sólo eso. Sabido es que ... aún después de seleccionada la norma que se considera adecuada para dar sentido al caso, los juristas no se privan de la facultad de ampliarla o restringirla según los casos por el juego de distinciones no mencionadas en la misma" (Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Villanova, Jose, "Introducción al derecho", Ed. Abeledo-Perrot., Duodécima Edición, Buenos Aires, p.436) [el énfasis me pertenece].

Buscar el sentido de las disposiciones jurídicas implica en nuestro caso poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por su esencia, con lo concreto y variable del asunto juzgado, evitando darles un alcance que las ponga en pugna, todo ello en comparación con los mandatos de contenido superior como lo son la Constitución Nacional y los Tratados que permean en el ámbito doméstico (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Y en esta compulsión parece una perogrullada mostrar que -tanto en el sistema universal, como en el europeo (que sirve de fuente) y en el interamericano- disponen que -por regla- el derecho a la vida es el más importante de todos los protegidos (Nikken, Pedro, "Los Derechos Humanos en el Sistema regional americano, Manual de Curso. Recopilación de Conferencias, IIDH, Costa Rica, 1988. T. 1, p. 27. Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso V.R. , Sent. del 29 de julio de 1988, párr. 157; y más recientemente el caso F. R. vs. Guatemala, Sent. de 20 de junio de 2005), posición que sin duda comparto.

En una primera aproximación puede decirse que por lo menos el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica -que es el más protector- reconoce -como pauta- esta prerrogativa del ser humano desde el momento de su gestación e impone a los Estados la obligación de proteger la vida, pese a su redacción confusa cuando dice "en general".

En definitiva, si bien es cierto que el mismo tiene algunas dificultades de interpretación, parecería ser que prohíbe el aborto (Monroy Cabra, Marcos Gerardo, "Aplicación de la Convención Americana en el orden jurídico interno, en Derechos Humanos en las Américas", OEA, 1984 - Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1980, p. 36).

Cuando digo que existen dificultades en cuanto al sentido del referido artículo 4.1, no quiero dejar de lado el análisis de las Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969 (Actas y Documentos, Secretaría General de la O.E.A., OEA/SER.K/16/1.2).

En este aspecto repárese que la misma ha tenido como base (cit. pág. 3, 14, 15) el Proyecto presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que resultó ser el Anteproyecto de la Convención (Conf. Resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria).

El artículo 4.1 (entonces art. 3.1) vino redactado como finalmente se lo aprobó, es decir, "...respeto a la vida de la persona, en general, a partir del momento de la concepción".

Lo cierto es que en el debate del Plenario no se tocó el tema del aborto y el artículo fue ratificado sin discusiones. Lo que sí dio motivo a diversos planteamientos fue la cuestión de la pena de muerte (cit.

págs. 160, 295, 440 y 441).

Sólo puede decirse que en la Comisión I, el Delegado de Brasil doctor Carlos A. Dunshee de Abranches (integrante entonces de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), sostuvo que en el Informe presentado por la Delegación de su país como Proyecto de Enmiendas se propuso eliminar la cláusula final "... y en general, a partir del momento de la concepción" por ser vaga y no tener eficacia para impedir que los Estados Parte en la futura Convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto (cit. pág. 159), criterio que fue apoyado por el Delegado de los Estados Unidos, doctor Richard D. Kearney (cit. pág. 160). A su vez, el Delegado de Colombia, doctor Pedro Pablo Camargo sugirió la siguiente redacción como cabeza del inciso: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana".

En lo que hace a la hermenéutica de los tratados supranacionales y la necesidad de su interpretación evolutiva y armónica [Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 8/87, del 30 de enero de 1987 - El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 8, párrs. 21-4], resulta necesario traer a colación -entre otros documentos- un Informe del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas referido a esta cuestión. Se dijo allí que en los derechos relacionados con la salud reproductiva, la criminalización del aborto, como por ejemplo en la hipótesis que nos ocupa, puede disuadir a los médicos de aplicar el procedimiento sin mandato judicial, incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo si existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental.

En tal aspecto puntualizó dicho organismo aludiendo a nuestro país, su inquietud por esta temática proponiendo modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en las situaciones, por demás excepcionales, como la aquí juzgada (03/11/2000. CCPR/CO/70AR).

En la misma línea puede recordarse el informe del aludido Comité en el caso "K.L.L. v. Perú" (del 24-X-2005) en el que se cuestionó la negativa por parte del Estado de actuar según la decisión de la peticionante en el sentido de poner fin a su embarazo, teniendo en cuenta que tal obrar implicó por parte del legitimado pasivo una interferencia arbitraria o infundada en la vida privada.

En el mismo cuadrante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) en su III Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (parr. 50) del año 1999 señaló que el Código Penal vigente en ese país "... en su capítulo III tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el art. 343 de dicho código es de 1 a 3 años de prisión para la mujer que lo practica o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, o abusivo, o inseminación artificial no consentida (art. 345 del Código Penal - "Circunstancias Específicas")". [lo remarcado no está en el texto original]

En ese orden de ideas, recomendó al Estado en su punto 3° que garantice la disponibilidad y rapidez de las medidas especiales previstas en la legislación nacional para proteger la integridad mental y física de las mujeres sometidas a este tipo de situaciones.

A su vez el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer en su Recomendación de 1999 [Recomendaciones a Colombia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (ONU)], cuerpo encargado de monitorear la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, año 1999, párrafo 393] refiriéndose al Estado Colombiano "... observa con gran preocupación que el aborto, segunda causa de mortalidad materna en Colombia, es sancionado como conducta ilegal. No se permite excepción alguna a la prohibición del aborto, ni aún cuando esté en peligro la vida de la madre, o cuando tenga por objeto salvaguardar su salud física y mental o en casos de violación" [el énfasis me pertenece] (Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Examen del cuarto informe periódico de Colombia. A/54/38, parr. 393).

Como queda en evidencia diversos organismos supranacionales han validado excepciones -algunas

de las cuales no comparto por su amplitud-, con distintas argumentaciones y posturas filosóficas, bien que en supuestos extraordinarios respecto de la no punibilidad de la práctica del aborto, las que pueden servir de guía para la hermenéutica en el derecho interno y que, en lo sustancial, resultan coincidentes con el contenido del art. 86 inc. 2 de nuestro Código Penal.

En este orden de ideas en un muy reciente fallo del 10 de mayo del corriente año, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia abordó una problemática similar, poniendo énfasis en señalar que no se incurre en delito de aborto si, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o salud a la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (ver Comunicado de Prensa de la Presidencia de dicho órgano jurisdiccional en: <http://200.21.19.133/sentencias/Comunicados%20de%20prensa/COMUNICADO%2010%20MAYO%20de%202006-%20ABORTO.doc>).

Cabe señalar que en dicha nación rigen los mismos pactos internacionales que en la Argentina, sobre la protección a la vida.

Respondiendo entonces al planteo de constitucionalidad esparcido en autos, entiendo, luego de hacer un "balance" de las normas constitucionales y supralegales antes citadas, que el art. 86 inc. 2 del Código Penal no quiebra el bloque de legalidad y constitucionalidad impuesto por la Carta Magna Nacional y por los Convenios supranacionales, y encastra perfectamente en tal hermético sistema.

Para ello tengo en cuenta -en definitiva- que el principio general de tutela de la vida desde la concepción volcado en los documentos internacionales de marras, implica sin requilorios una muy sabia regla general, que admite excepciones como la aquí ventilada (véase Gil Domínguez, Andrés, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ed. Ediar, Bs. As., año 2000, pags. 167, 208, 211, etc.). Lo que significa lisa y llanamente -reitero- que tal precepto no renguea en el sistema nacional y supralegal argentino, en la medida que tutela a la mujer "idiota" y "violada" a lo que debo añadir que se trata -en autos- de una menor de edad (tiene 19 años pero es equiparada a una niña de 8 años, según las pericias).

De ello debe deducirse que los médicos están facultados para ejecutarla sin necesidad de autorización judicial alguna.

De ahí que la sentencia de alzada que confirma la disposición liminar carece de sustento y debe ser descartada, lo mismo que la anterior.

#### IV. UNA EXORTACIÓN AL PODER EJECUTIVO

El mandato jurisdiccional que en definitiva emane a partir de la sentencia que esta Corte dicte, sea cual fuere su contenido, requiere volcar sus efectos en un contexto en el cual realmente pueda ser afrontado, con efectiva garantía de la salud física y psicológica de la causante y de su dignidad, como así la de su hijo, si eventualmente naciera.

Se trata de una menor muy pobre, que vive con su madre la que goza de sustento mínimo -trabaja en el servicio doméstico- y es casi analfabeta.

Recientemente en oportunidad de dar mi voto en la causa Ac. 98.260 referí, coadyuvando al desarrollo que desplegó como juez del primer sufragio el doctor de Lázzari, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos los art. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, obligan a los países no sólo a respetar los derechos y libertades reconocidos por ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio (doct. Corte IDH Caso Y. vs. Nicaragua, Sent. del 23/06/2005, Serie C N° 127, parr. 120 y 170).

Ha expresado dicho tribunal internacional que para cumplir con el mandato del aludido art. 2 es necesario: 1) el dictado de normas, y 2) el desarrollo de prácticas conducentes al acatamiento efectivo

de los derechos y libertades consagrados en el pacto de marras (Caso Y. , cit.). "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención" [el entrecomillado me pertenece], (Caso Y. Vs. Nicaragua, cit., párr. 170. Caso C. , Sent. del 11/03/052005, Serie C Nº 123, párr. 91; Caso L. B.M. , Sent. del 25/11/2004, Serie C Nº 119, párr. 219; Caso "Instituto de Reeducción del Menor", Sent. del 2/09/2004, Serie C Nº 112, párr 206; y "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17/09/2003, Serie A No. 18, párr. 101 y párr. 78).

Por ello propongo exhortar al Poder Ejecutivo de esta Provincia, para que por intermedio del área de su organización que estime competente tome conocimiento (sin perjuicio del que ya pudiera haber adquirido por circunstancia o medios distintos a la presente) de la situación en que se encuentra L.M.R. y arbitre las medidas de protección que garanticen su salud física y psicológica y de su dignidad en la contingencia, como así de su hijo, si el mismo naciera.

## V. CONCLUSIONES

Por lo expuesto sostengo:

1. Que la Resolución atacada viola el principio de congruencia al haber resuelto cuestiones no peticionadas por la representante de la menor embarazada (art. 163 inc. 6 del Código Procesal Penal).
2. Que no corresponde solicitar autorización a los jueces para la intervención quirúrgica señalada en condiciones como las del sub lite, ya que en estas circunstancias los médicos pueden actuar (es decir, llevar adelante la práctica abortiva) sin 'autorización' de la magistratura.
3. Que de las circunstancias aportadas en autos puede deducirse prima facie que se encuentran presentes los presupuestos de aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal, es decir, que la menor L.M.R. ha sido abusada y que además padece de un retraso mental que se subsume sin ambages en el citado dispositivo legal. En lo que a esto último respecta es mi sincera convicción, después de haber tomado contacto con ella en la Audiencia celebrada en este Tribunal el día 28 de julio del corriente y teniendo en cuenta el resto de las probanzas producidas en el sub lite, que estamos en presencia de una discapacitada en los términos del precepto penal de mentas.
4. Que el aborto, siempre en el ámbito indicado, debe quedar a criterio de los médicos quienes tienen las normas legales, de ética y técnica aplicables para decidir la línea de conducta a seguir.
5. Si bien no cabe hesitación que de la interpretación armoniosa y funcional de la Carta Magna Nacional, de la Constitución Provincial (art. 12. 1) y de los Pactos Internacionales surge que se debe tutelar la vida humana desde la concepción, tal postulado puede ceder y admite excepciones ante circunstancias particulares como la de autos cuando está en peligro la salud psíquica y mental de una menor violada y embarazada y que a su vez sufre de discapacidad mental.
6. Debe quedar bien en claro -vuelvo a decirlo- que mi propuesta de romper la sentencia atacada no implica para nada una autorización para efectuar el aborto, ya que es innecesaria, sino simplemente que lo que propongo es dejar sin efecto la veda, para darle a los especialistas médicos la plena libertad para resolver este desideratum.
7. Reitero la exhortación al Poder Ejecutivo bonaerense expresada en el apartado IV.

Por ello propongo revocar la sentencia atacada como así mismo la de origen.

## VI- EL TIEMPO DE LA JUSTICIA

No quiero cerrar el presente voto sin poner en evidencia la celeridad con que en esta oportunidad -teniendo en consideración los valores en juego- ha actuado la justicia, tantas veces criticada por su lentitud -y en muchas oportunidades con razón-, que en menos de cuatro semanas resolvió -bien o mal- el caso motivo del pleito, habiendo pasado el expediente por la instancia de origen, por la Cámara y por este Tribunal en época de feria. Seguramente tenía razón Reuter cuando dijo que "el tiempo de la justicia no es el tiempo de los actos".

Por todo lo expuesto, voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1) La sentencia recurrida debe a mi juicio revocarse, pues no es atribución de los jueces el extender las figuras penales para hacerlas alcanzar hechos que ellas expresamente excluyen. El art. 18 de la Constitución Nacional establece que la definición de los delitos corresponde a la ley, lo que descarta su enmienda por orden judicial. En el caso, la sentencia recurrida deroga el art. 86 inc. 2 del Código Penal, y lo hace sin declararlo inconstitucional, resolviendo que la cuestión de la validez de la norma es abstracta.

2) Ciertamente, lo así decidido es erróneo. Si la sentencia recurrida ordena algo que desconoce lo dispuesto por el inc. 2 del art. 86 del Código Penal, entonces debió haber analizado y resuelto expresamente sobre la constitucionalidad de la norma. La Corte Suprema de la Nación ha dicho que no es admisible una interpretación que prescinde de una norma vigente y aplicable al caso, sin declaración expresa sobre su inconstitucionalidad (Fallos 257:296 y 262:44, concepto reiterado en mi voto en la causa Ac. 95464 del 27/6/2005). Lo que vale para la "interpretación" prescindente también vale, y con mayor razón, para la prescindencia lisa y llana, que descarta la aplicación a la norma, no la declara inconstitucional, pero tampoco ofrece una interpretación que intente demostrar cómo la vigencia de la norma es compatible con su negación en el caso.

3) Véase como las consecuencias del fallo recurrido alteran profundamente el régimen constitucional y legal que nos rige. Si un médico practicara un aborto en el caso, y si el hecho debiera ser juzgado en el futuro, el tribunal competente debería determinar si art. 86 inc. 2 del Código Penal exime de pena al imputado o imputados. Ahora bien (y esto ya es anómalo) ese tribunal también tendría que considerar el dato de que una orden judicial prohibió lo que la norma permite. Sin embargo, no puede pensarse en la figura de la resistencia a la autoridad (art. 239 del CP), pues las órdenes judiciales no pueden convertir en punible lo que el Código penal exime de pena.

El presente caso ya ha transitado por tres instancias, y todavía tenemos reservas de recurrir a la Corte Suprema de la Nación. Este sistema es más que absurdo, es cruel. Y además, no es el sistema legal. La excepción del art. 86 inc. 2 está pensada (como todo el Código Penal) para funcionar sin permisos judiciales previos. Caso contrario, hay que derogarla. Como está, sin embargo, no prevé permisos, ni audiencias, ni cuestiones de competencia, ni recursos de nulidad, ni reservas de recursos federales. A poco que se piense en el asunto, se cae en la cuenta de que todo esto (incluso la falta de firmeza de la presente decisión) sería irrelevante a la hora de juzgar si un hecho pasado cae bajo la norma del inciso 2 del art. 86 CP.

Lo dicho muestra por qué era innecesario, a mi juicio, fijar una audiencia en el caso. El tema a tratar es estrictamente jurídico, pues lo que la recurrente pide es que se revoque una orden judicial que extiende una figura delictiva, y no que se otorgue un permiso, cosa que sí demandaría una audiencia.

4) En la causa Ac. 95464 antes citada, señalé que el aborto previsto en el inciso 1 del artículo 86 no exige una autorización previa, y obviamente lo mismo es aplicable al inciso 2 del mismo artículo. En verdad, toda sentencia que aplique una figura penal, o que deje de aplicarla en virtud de una excepción legal, debe referirse a un hecho ya cumplido, y no a posibilidades futuras. La frase que transcribe la doctora Kogan en el considerando V de su voto es elocuente al respecto y torna innecesario que vuelva a repetirla.

Ahora bien, así como es cierto que las excepciones que recortan la punición no requieren de permisos judiciales, también lo es que ellas no admiten prohibiciones judiciales. El motivo es el mismo, la garantía de la legalidad. Vuelvo entonces a lo que dije al comenzar mi voto: la punición y la ausencia de punición son resueltas por las normas generales, y no por permisos o prohibiciones individuales. Esto es una consecuencia del art. 18 de la Constitución Nacional.

5) Ni la Constitución, ni las leyes, ni los tratados internacionales admiten que sea cierto el siguiente principio: "donde hay un derecho, hay una pena". Eso no es verdad: no hay penas implícitas, sino sólo las explícitas; los crímenes no se infieren o deducen, sino que deben estar descriptos expresamente. Sin embargo, lo opuesto se asume a veces como si fuera un dictado de la lógica jurídica: se da por cierto que si un tratado enumera un derecho, eso obliga a los estados signatarios, no sólo a sancionar

penalmente los hechos que lo ataquen, sino a remover de su legislación todas las excepciones que restrinjan el poder punitivo. O peor aun, que la enumeración de un tratado autoriza a los jueces a suplir la ausencia de una norma represiva, a crear un delito, o a extender los alcances de las figuras penales existentes. Debo alertar que las órdenes así dictadas no serían propiamente sentencias, sino bandos.

Si los representantes del pueblo estiman que el aborto debe contemplar menos excepciones que las que ahora tiene, y si estiman que hacerlo es necesario para no exponer a nuestro país a la imputación de que no hemos dado todos los pasos que los tratados citados requieren, entonces así deberán resolverlo, dictando una ley al efecto. En cambio, penar fuera de la ley para evitar la eventual responsabilidad colectiva de la nación, sería tanto como retroceder varios siglos en la evolución del derecho (sobre el sentido de esta evolución: Soler, Sebastián: La ley y el súbdito; L.L. 142-1094). No podemos ponernos a discutir difíciles cuestiones morales mientras una joven espera que terminemos nuestros recursos y audiencias. La discusión puede y debe darse, pero no aquí, sino en los cuerpos representativos. La desgracia de una joven no debe ser convertida en una buena ocasión para la controversia. Eso habría que haberlo pensado antes. Planteado ahora el caso, sólo cabe reafirmar la vigencia del inc. 2 del art. 86 del Código Penal.

No debe olvidarse que si bien los pactos internacionales son operativos, ello no alcanza para saltar o sortear el requisito de la legalidad, y menos en materia penal. Al contrario, los pactos internacionales, y la misma Constitución, requieren que la creación de figuras delictivas (o la eliminación de sus excepciones, que es lo mismo) sea hecha por ley (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 9, Pacto de San José de Costa Rica).

6) Bien dice la recurrente que la sentencia deniega una autorización que no está prevista en nuestra legislación, y que además, nadie pidió a la jueza actuante. Es cierto que la madre de la víctima de la violación dijo en la audiencia del 7/7 (en la que no tuvo asistencia letrada) que solicitaba que a su hija se le practicara un aborto. Sin embargo, esto lejos estaba de ser un pedido, como lo deja a las claras la terminante negativa de la madre a las alternativas sugeridas por la magistrada.

Ante la imposibilidad de convencer a la madre de la víctima, la jueza interviniente mandó agregar a la carátula la designación "persona por nacer s/ protección". En verdad, este ha sido el único tema en este trámite oficioso (resolución del 7-7-2006). Así aclarado el motivo de la intervención judicial, la magistrada designó a una asesora de incapaces para que asumiera la representación del por nacer (ver fs. 53). La funcionaria así nombrada, solicitó que se rechazara el pedido de interrupción del embarazo (fs. 54-55), pedido -recordemos- que nadie había formulado. Al contrario, la propia magistrada interviniente reseña una conversación telefónica con autoridades hospitalarias, a través de la cual confirmó que se iba a realizar un aborto, estimándose que no era necesaria la autorización judicial (fs. 60).

Es cierto que su carácter oficioso no hace nulo al trámite cumplido. Sin embargo, nunca está de más detenerse un momento a aclarar las cosas como en verdad han sido: quien haya trabajado algunos años en casos judiciales (y haya sacado enseñanzas de esa experiencia) sabe que los grandes errores se construyen a partir de pequeñas imprecisiones: cada una hace que la que le sigue parezca menos chocante. La recurrente señala algo que surge del simple cotejo del expediente: este llamado pedido de autorización se inicia por una remisión de fotocopias que ordenó una fiscal (ver fs. 37, 4/7/2006). ¿Qué era jurídicamente este envío de fotocopias? Por lo pronto, no era ni una denuncia, ni una acusación, y menos un pedido de autorización. Ciertamente es que la madre de la víctima, en ocasión de formular la denuncia de la violación de su hija, y al ser preguntada si quería agregar algo más, dijo "quiero saber si es posible interrumpir el embarazo" (fs. 3). La denunciante no concurrió sin embargo ante la jueza de menores (lo hizo luego al ser citada), ni formuló entonces o después un pedido de autorización ante ninguna autoridad judicial. Los hechos ocurrieron en verdad al revés: alertando que "la práctica abortiva pretende efectuarse sin intervención del Ministerio Pupilar, ni el Ministerio Público Fiscal" (fs. 37 vta), una fiscal mandó los antecedentes a una jueza de menores, señalando que a su juicio el art. 86 inc. 2 del Código Penal es de dudosa constitucionalidad. La jueza de menores da intervención a un

defensor, quien pide que se rechace el pedido (inexistente), cosa a la que accede la jueza de menores.

7) Lo anterior es seguramente el motivo que provocó dudas a la hora de determinar la competencia en el caso. ¿Cómo saber cuál es la Alzada que debe resolver acerca de una petición que nadie presentó, y que no está prevista en la ley (cosa que admite la propia sentencia apelada en su considerando segundo)? Ciertamente, la decisión de la jueza de menores no era parte del ejercicio del poder punitivo del estado, de modo que el asunto no correspondía a la Cámara Penal, y así lo resolvió esta Corte. Como la apelante no podía ser dejada sin tribunal de apelación, y como no se le podía contestar que como el trámite mismo era imposible, no había forma de apelarlo, debió darse intervención a la Cámara Civil, que ha venido a confirmar el error, y que motiva el recurso a resolver.

8) Desgraciadamente, no le basta a esta Corte con decir que el trámite es imposible, y que nadie pidió lo que se ha denegado. El daño ya está hecho, en la forma de sentencias que ponen en duda la validez de una norma del Código Penal Argentino. No podemos lavarnos ahora las manos, y decir que los médicos se arreglen, que el poder judicial no tiene (por ahora) nada que ver. Las instituciones del estado deben hacerse cargo de los errores que cometen, y también de las incertidumbres que generan. Que la autoridad siembre incertidumbre sobre la ley es siempre dañoso y por desgracia frecuente. Sin embargo, la cuestión es más grave cuando el que incurre en ello es el poder judicial, que es el poder del estado que debería dar certeza sobre el derecho. En suma, no podemos limitarnos a decir que este proceso no debería haber sucedido. Pues sucedió.

Reitero entonces lo que dije antes. El Código Penal Argentino tiene una disposición, el art. 86 inc. 2, que no ha sido derogado, y que exige de pena a los médicos que practiquen un aborto en las circunstancias que la norma describe. Para sostener que el inciso es inconstitucional, debería haber una norma de rango superior que dispusiera lo contrario: una cláusula constitucional, o de un tratado incorporado a ella, que dijera, o "el aborto será penado en todos los supuestos, sin excepción, con tantos y tantos años de prisión". Esa norma no existe. Lo que sí tenemos son cláusulas de tratados que enumeran el derecho a la vida, pero sin imponer sanciones penales (art. 4 inc. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica, y art. 6 inc. 1 de la Convención de Derechos del Niño).

Ahora bien, si no tuviéramos el art. 18 de la Constitución Nacional, de todos modos tendríamos que reparar en que el art. 9 de la Convención citada en primer término dice: "Principio de legalidad y de retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable." Debe entenderse que esta norma dispone lo mismo que nuestro art. 18. Es cierto que nuestra Constitución Nacional es más precisa en su lenguaje, pues se refiere a "ley anterior", mientras la convención se contenta con el "derecho aplicable" al momento del hecho. Pero esta diferencia no puede justificar que se interprete la convención como si admitiera cualquier fuente del derecho, y no sólo la ley. La descuidada redacción no puede ocultar que el título del artículo se refiere al "principio de legalidad", y que su última parte menciona "la ley". Por ello, reitero, hay que entender que el tratado no contradice, sino que dispone lo mismo que el art. 18 de nuestra Constitución: se requiere una ley que defina el delito y que le asigne una pena.

Podría acaso el hecho estar incriminado en un tratado, o en otra norma de rango superior. Pero no es así: ningún tratado define como delito el hecho que describe el art. 86 inc. 2 del Código Penal. También es claro que ningún tratado asigna una pena a quien lo cometiere. Tampoco lo hacen la Constitución Nacional o la provincial. De este modo, el juez que penara al médico que practicara un aborto en las condiciones previstas en el inciso, estaría transgrediendo el art. 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Y además, por supuesto, el art. 18 de la Constitución Nacional.

9) Se engaña quien crea que con enumerar derechos ya se tiene una respuesta para todos los problemas jurídicos. En realidad, los problemas empiezan luego de haberlos declarado, que es la parte fácil. Luego hay que decidir si la protección de los derechos debe incluir penas (y cuáles en su caso), cómo delimitar los delitos, distinguiendo los más graves de los menos graves, y previendo excepciones si es necesario. Nuestra Constitución, en su artículo 18, y los propios tratados internacionales, nos

dicen que esta delimitación es ineludible, y que no se la puede reemplazar con prohibiciones judiciales. La definición de lo ilícito es una ardua y difícil tarea, y es una tarea legislativa, no judicial.

Si nos olvidáramos del art. 18 de la Constitución y admitiéramos el método de la libre deducción, tendríamos que partir de un derecho a la vida, y penar todo aborto como homicidio (porque el derecho a la vida del por nacer no es distinto al del nacido). Es más, la libre deducción nos llevaría a la conclusión de que todo aborto consentido por la madre es un homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1 CP), y que toda distinción, toda pena menor a la prisión perpetua de la madre, sería inconstitucional por violatoria de la igualdad ante la ley. Al hacer esto, se utilizaría el método deductivo, que es útil para aplicar el derecho, pero fatal cuando se trata de crearlo.

10) En autos se ha utilizado reiteradamente la denominación "aborto eugenésico", que es incorrecta. La excepción prevista por el inciso 2 del art. 86 tiene como requisito fundamental una violación. No entiendo como este dato se puede dejar de lado, y argumentar que la disposición procura el mejoramiento de la raza. Se dirá, ¿por qué entonces se añade el requisito de que la víctima de la violación sea una mujer idiota o demente? Podemos pensar que esto proviene de una copia poco feliz de modelos extranjeros, o que se ha pensado que la deficiencia mental hace más dolorosa la situación de la víctima de la violación. Como sea, la norma tendrá sus defectos, pero no es parte de una conspiración para eliminar supuestos defectos raciales. Si así fuera, no tendría sentido referirse a la violación, ni limitarse a los defectos mentales, ni exigirlos sólo en la víctima, sin preocuparse por los defectos que tenga el violador demente o idiota de una mujer sana.

11) Queda otra fuente de error que no conviene dejar sin tratamiento. Tanto la sentenciante de primera instancia (considerando segundo), como la designada asesora del por nacer (escrito del 13/7), y por supuesto la recurrente, coinciden en que la autorización judicial no es un requisito previsto en el inciso 2 del art. 86 CP. La sentencia de segunda instancia no trató este tema, pero debemos entender que se confirmó lo ya decidido. Ahora bien, como la autorización no es necesaria (por razones similares a las que sostuvo en la causa 95.464 y que son reproducidas parcialmente por los doctores Genoud e Hitters en sus actuales votos), tampoco lo es que esta Corte pase a verificar los requisitos de un permiso innecesario. Pero corresponde decir dos cosas, en razón de la incertidumbre que este caso ha creado. Primero, que el inciso 2 del art. 86 del Código Penal no es inconstitucional. Segundo, que la norma no requiere esperar (lo que sería absurdo) a que haya una condena por violación. Tampoco es necesario tener una declaración judicial sobre la materialidad del hecho, que la ley procesal no prevé como resolución distinta de la condena.

Lo digo una vez más: no se necesita declaración judicial, ni sobre la violación, ni sobre la capacidad mental de la víctima. Debe recordarse que tanto las causas de justificación como las eximentes funcionan sin comprobación judicial de sus requisitos. En el caso, la determinación es sencilla: si la joven está embarazada, y si por su deficiencia mental, comprobada en el informe pericial del 10/7/2006, no estaba en condiciones de prestar su libre consentimiento para el acto sexual, entonces tenemos una violación, sin que importe quién la cometió. Esto último -precisar su autoría- será relevante para castigar la violación, pero no para el inc. 2 del art. 86. A su vez, tampoco es necesario ni posible que los médicos o los familiares requieran una determinación judicial de la deficiencia mental. Corresponde decir, porque el problema no puede ser devuelto para que otros se hagan cargo, que las condiciones mentales de la joven L.M.R., según fueron evaluadas en el peritaje de fs. 57-58, encuadran en las previsiones del inciso 2 del art. 86 del Código Penal.

12) Resta señalar, que los perfiles de este caso, el igual que el tratado en el precedente de esta Corte del 27 de mayo de 2005, no son los que dan contorno a la figura del llamado aborto "voluntario". De allí, que todas las referencias a este último que en forma incidental o a mayor abundamiento se deslizan en algunas de las citas doctrinarias o argumentos de los votos a cuya concreta y verdadera razón decisoria he de adherir, resultan de innecesario tratamiento en estos autos, por fugarse de los precisos límites de la situación litigiosa en juzgamiento. Con tales alcances y por las razones vertidas en los once considerando precedentes adhiero a los votos de los doctores Genoud, Kogan, Soria e

Hitters.

13) Si lo que digo es compartido, y de conformidad con lo requerido por el Procurador General, deberá hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad de ley, revocar la sentencia recurrida en todas sus partes, y declarar la plena aplicabilidad al caso de lo normado por el artículo 86 inc. 2 del Código Penal. En razón de las dudas o cuestionamientos que se han formulado a la validez de la norma citada, corresponde además reafirmar su constitucionalidad, y aclarar que su aplicación no requiere autorización judicial o administrativa de ninguna naturaleza.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Dominguez dijo:

Adhiero al voto del doctor Pettigiani por sus fundamentos y efectúo las siguientes acotaciones:

I

1. Para que sea de aplicación el artículo 86 inciso 2 del Código Penal debe existir una violación.

Surge claro en autos que conforme lo señala el Doctor Pettigiani este extremo no ha sido demostrado.

De lo breve y mal actuado hasta el día de hoy en esta causa para investigar el delito de violación cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) Adunando argumentos al voto del doctor Pettigiani cabe referir que la incapacidad es moderada, puesto que le permite usar un celular que posee, hacer y recibir llamadas telefónicas; enviar mensajes de texto (denuncia fs. 2/3).

b) De la misma pieza se observa que la madre dice que había hecho el amor una sola vez y claramente se advierte (denuncia fs. 3 vta.) que insta la acción penal por el ilícito de violación.

Concluyo en consecuencia que debe investigarse -verdad de perogrullo- respecto a la configuración del cuerpo del delito (violación) pues no existe ahora prueba alguna que así lo acredite.

c) A fs. 7, existe una carta de un tal D. al que curiosamente nadie identifica y cuyo contenido dice demasiado. La misma fue transcripta en el resolutorio de fecha 11 de Junio de 2006 obrante a fs. 59/64, y del cual no puede inferirse más allá de toda duda que L. sea el violador y además demuestra la existencia de una relación amorosa con una tercera persona ausente en las actuaciones.

d) De la pericia practicada el 24 de Junio de 2006 emerge que hay una desfloración de antigua data con escotadura en hora 11. No es necesario ser un perito médico para interpretar que antigua data puede ser más de un año, lo que lleva a la duda de saber si la única relación es la que aquí nos ocupamos o hubo actos sexuales anteriores.

e) La propia denunciante agrega en su declaración del 26 de Junio de 2006 lo siguiente: "... Asimismo quiere dejar constancia que su concañado L.V. (¿V.?) ya tomó conocimiento de la presente denuncia y le manifestó a su esposa I.M. a fojas 19 que está dispuesto a que se le realicen los análisis que sean necesarios para comprobar si el es el autor o no, que estos dichos se los transmitió la señora M. ...".

Me encuentro en la imposibilidad de poder compatibilizar esta voluntaria pericia de ADN -de eso se trata- con la autoría de una violación.

Al pasar señalo con relación a esta pieza que pese a lo que sería un aberrante delito, el mismo no ha afectado en nada las relaciones familiares toda vez que sigue hablando con su cuñada como si nada hubiera pasado.

f) Sobre la deficiencia mental moderada ya se ha expedido el doctor Pettigiani y a su análisis me remito, pero destaco que en el certificado médico oficial hecho para reclamar una pensión por invalidez (fs. 21/24) surge también que es un retraso mental moderado secundario a encefalopatía hipoxémica. Esto puede deberse a muchas causales, entre otras por ejemplo que pudo haberse caído a una pileta de natación, sufrido un paro respiratorio, haber sido reanimada y haber sufrido daños cerebrales obviamente sobrevinientes.

No se me escapa que acto seguido obra un certificado del Hospital Zonal G. y allí se habla de un bajo peso al nacer, pero debo acotar que en la medicina actual con 600 gs. ya es viable para una sobrevivida.

Por otra parte este certificado se redacta con el relato de la madre sin que exista constancia alguna de

la historia clínica del nacimiento, única pieza que nos permitiría saber con cierta certeza si la actual discapacidad moderada estuvo al inicio o fue sobreviniente.

g) Ningún comportamiento anormal o irregular advirtió la testigo A. (declaración del 26 de Junio de 2006, fs. 29/30) más aún, allí se advierte la independencia de manejo de M., toda vez que la ubican por teléfono celular.

h) También tengo en cuenta que en la entrevista que tiene la menor con la Juez Siro refiere que lo quiere dar en adopción.

Todo esto hace surgir duda si el delito de violación se habría configurado en la forma relatada por A.

II-

1. Al momento de apelar, la Dra. Ozafrain pide que resuelva la Excma. Cámara de Apelación y Garantías, lo que le es negado por el fundamento que la causa de marras está determinada por los intereses superiores del nasciturus y de la menor R., revistiendo carácter asistencial.

2. Seguidamente he de referirme a un problema no menor que impide el tratamiento de este tema al menos por el momento, con o sin Código Penal, o con y sin Tratados, y es el siguiente: A fojas 26/27 obra un certificado de nacimiento más bien dos: uno precario y uno definitivo, donde claramente se observa que la menor de la que aquí se trata es hija de R.H.R. y V.D.A.

Se me perdonará la irreverencia por lo antigüo de la cita ya que habré de recurrir a Vélez Sarsfield y su Código.

a) Desde este punto de vista el artículo 264 dice que: "la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

"Su ejercicio corresponde:..."

"inciso 5: en el caso de los hijos extramatrimoniales los reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria".

b) Conforme lo sostuviera el doctor Pettigiani llama la atención que tanto la Asesora de Incapaces, doctora Ozafrain, y la señora Procuradora hayan omitido contemplar este artículo que se complementa -lo destaco- con el 264 quater.

El argumento a desarrollar es el siguiente: partiendo de la base de que no se requiere autorización judicial para practicar el aborto del artículo 86 del Código Penal, cabe preguntarse cómo se hacen efectivas las garantías de los Pactos.

El ordenamiento penal protege al no nacido en el artículo 85 y como partimos de la base que no hace falta autorización judicial en el 86 inciso 2 última parte, es necesario: "...en este caso el consentimiento de su representante legal (el que) deberá ser requerido para el aborto".

Es más que obvio que en ningún Código Penal del mundo se encuentra regulado "el consentimiento", materia ésta que en todas partes se contempla en la legislación civil. Y aquí aparece un verdadero impedimento al consentimiento toda vez que el padre no ha sido oído.

c) Me permito recordar que se requiere consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1) autorizar al hijo para contraer matrimonio 2) habilitarlo, 3) autorizarlos para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad. 4) autorizarlo para salir de la República, 5) autorizarlo para estar en juicio 6) disponer de bienes inmuebles y de muebles registrables...7) ejercer actos de administración de los bienes...en todos los casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo resolverá el juez a lo que convenga al interés familiar.

Cierto es, que en los incisos de este artículo no se encuentra previsto el consentimiento para un acto de esta naturaleza pero no es menos cierto que si requiere consentimiento expreso para salir del país o casarse, derecho de indiscutible menor jerarquía que el derecho a la vida, ninguna duda cabe que debe existir en un hecho donde está en juego el derecho a la vida. Por otra parte, el 264 quater no es taxativo

en orden a la importancia del derecho y tampoco podría existir por ser en principio ilícito -art.85 del C.P.- un eventual inciso 8 que dijere : "practicar un aborto".

Y quiero destacar que este artículo es nuevo: agregado por ley 23.264 y consecuentemente no le pudo pasar desapercibido al legislador la existencia de la legislación internacional protectora de la vida puesto, que la ley que ratifica la Convención de Costa Rica en su artículo 4.1.entre otras es anterior a esta ley.

En consecuencia aquí no existe consentimiento expreso del padre lo que hace que la madre carezca de legitimación activa para dar el consentimiento requerido por el ordenamiento civil indispensable para la práctica que aquí se pretende: dicho requisito no existe.

Tengo para mí -entonces- que la madre de la menor carece de legitimación activa para dar el consentimiento, con lo que de ninguna manera puede convalidarse lo que pretende la recurrente.

Por vía de hipótesis, supongamos que existió "imposibilidad" o "negativa" en los términos del artículo 264 quater párrafo final.

Ante este supuesto podemos sugerir dos hipótesis de trabajo: la primera de ellas es que un juez resuelva en función del interés familiar aludido en la norma; la segunda que la intervención judicial ya ocurrió en orden al pronunciamiento de primera instancia y que en función del interés familiar se resolvió no practicar el acto.

Supongamos que bajo el argumento de que no hay derechos absolutos interpretemos los Pactos como se quiera, etc. ¿significa ésto que a fin de autorizar de cualquier manera este acto vamos a derogar también el Código Civil?.

Está desde luego claro que no hace falta autorización judicial pero en definitiva tengo claro para mí, que no ha mediado el consentimiento que está regulado -lo recuerdo- por el ordenamiento civil.

Proceder ignorando las prescripciones claras y contundentes del Código Penal y del Código Civil más allá de los Tratados, constituye al decir de Carlos Chiara Díaz una especie de "prevaricato institucionalizado", concepto que he de transcribir párrafo más abajo en orden a otra cuestión también abordada por el doctor Pettigiani.

Debe ponerse especial énfasis en el hecho que la "autorización judicial " y el "consentimiento" son dos cosas radicalmente distintas, lo que debe clarificarse de así corresponder, a los profesionales intervinientes con respecto a la exigencia de un consentimiento completo, de lo contrario hasta se podría incurrir o hacer incurrir a quienes intervengan en la hipótesis del artículo 85.

3. Como lo señala Bidart Campos en "El Derecho" T.114 pg. 184 al comentar un fallo sobre un pedido de autorización judicial para abortar: "...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. Cualesquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo por imposibilidad jurídica".

Coincido así, que no se podría pedir autorización para hacer algo que no estaría prohibido, es decir, incriminado (artículo 19 de la C.N.).

4. Para poder analizar la aplicación del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal -en las hipótesis que así se pudieren presentar- el acto debería haber tenido lugar y luego se tendría que decidir si es o no punible. Ya sea en el caso del aborto terapéutico o eugenésico la comprobación del supuesto de hecho para la normativa penal comprometida, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto.

### III

1. El niño por nacer no es un órgano de su madre; es un ser único, diferente, con su individualidad genética propia. ( Michel Schooyans. El aborto. implicaciones políticas. Rialp- S.A. Madrid.-1991).

Hoy en día es un hecho científico con demostración experimental que la vida humana comienza con la fecundación; los conocimientos biogenéticos que disponemos en la actualidad han obligado a

corregir y a descartar antiguas teorías o hipótesis sobre el comienzo de la vida.

Sin entrar en consideraciones metafísicas ni teológicas, la conclusión es clara: desde el mismo momento de la concepción se desencadena un proceso de desarrollo psicobiológico prueba fehaciente de que el bebé es una persona, y mientras no se interrumpa su evolución se llegará al producto de esa concepción, el nacimiento de ese nuevo ser único e individual, distinto a sus progenitores.

En nuestro País la legislación -conforme se desprende- protege el derecho a la vida desde la concepción.

Hay un derecho fundamental sin el cual son imposibles los demás: el derecho a la vida.

La vida es el primer derecho de toda persona humana. Es el derecho fundamental y condición sine qua non para la existencia de todos los demás. Si no se reconoce la existencia humana no hay sujeto para predicar de los otros derechos. Es un derecho anterior a los demás y existe por el hecho de ser sin que requiera el reconocimiento del Estado para que se posea.

No pertenece al Estado indicar que no se reconoce en un caso y se reconoce en otro, ya que ello conllevaría discriminación.

La vida se debe reconocer al niño que está por nacer, al nacido, al joven, al anciano, al demente, al minus válido y en general a todo ser humano. Lo anterior significa que si en el producto de la concepción hay vida humana y este derecho es el primero y fundamental, el aborto atenta contra el derecho a la vida y por ende contra el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Los Tratados de Derechos Humanos, tienen el mismo rango que las demás cláusulas de la Carta Magna y son en mi opinión, terminantes. No reitero a los mismos, ya que se encuentran detallados claramente en el voto del doctor Pettigiani .

El Código Penal en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, esto es "Delitos contra la Vida", regula al aborto, entendiéndose por tal la muerte provocada del feto o la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte del fruto, protegiéndose de esta manera una vida, que aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de una madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, siendo el bien jurídico autónomo y diferente de la mujer embarazada (cfr. Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág. 63).

El Código Civil expresamente consagra la protección del derecho a la vida desde la concepción. En su artículo 70 se ocupa del tema "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...".

Asimismo el artículo 63 del mismo cuerpo establece que "Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno".

En el orden local la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 12.1 reza: "Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural".

Dado el tratamiento otorgado a las presentes actuaciones, considero que deviene inoficioso pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 86 del C.P. -planteo por otra parte introducido genéricamente al debate por la asesora de incapaces del nasciturus- porque no estamos ante un caso concreto, el hecho no aconteció, y paralelamente el no nacido ya es sujeto de derecho de normas constitucionales.

2. Haciéndome eco que en la opinión pública se pretende instalar que el debate tiene por eje un tema religioso debo señalar que esto no es así. Se trata de un tema de supervivencia de la especie humana.

Se ha dicho que salvar una vida significa salvar a toda la humanidad. Para que no se me argumente que la frase ha sido tomada literalmente de la película: "La Lista de Schindler", fui a la fuente original: el Mishnah Sanhedrin capítulo IV:5 en donde se dice que todo aquel que pierde un ser pierde un mundo. Todo aquel que salva un ser salva a un mundo.

Esta, entre muchas otras razones invocadas precedentemente llevan a reflexionar sobre si se pretende

retornar a las leyes de Nuremberg del 15 de Septiembre de 1935 dictadas por el Reich no pudiendose ignorar la que mandaba darles "tratamiento especial" (aunque disfrazado de internación psiquiátrica a los dementes, incapaces, etc.).

3. A modo de ilustración traigo a colación al prestigioso especialista en teoría del derecho, Günther Jakobs, quien en oportunidad de una nota que diera al diario "La Nación" y preguntado que fue acerca de cuales creía que eran los signos de decadencia humana fué terminante: "Hay dos cosas que he observado con cierta sorpresa: uno es el alarmante crecimiento del aborto en el mundo, sobre todo en Estados Unidos, China y Europa. Y lo otro es la absoluta destrucción del concepto de familia. A la vista de esas dos cuestiones considero que todo puede empeorar (Cfr: Diario "La Nación" miércoles 26 de Julio de 2006, pág. 9 ).

#### IV

1. Acotaré algo más con relación al punto XIV del voto del Dr. Pettigiani y es aquello que hace a la representación de los órganos de la menor y del no nacido.

Se advierte en el caso una falta de adecuación del artículo 120 de la C.N. a nuestra Constitución Provincial. Síguese de ello que la organización del Ministerio Público es francamente ezquizofrénica.

La figura de Procurador General es la cabeza de todo el Ministerio Público aún de aquellos que representan intereses contrapuestos, lo que también contradice los Tratados en cuanto se rompe con el principio de igualdad de las partes.

En este caso, se advierte claramente la necesidad de contar con un órgano independiente, con un jefe distinto respecto de los Fiscales, Defensores y Asesores de Menores. Es decir, el constituyente bonaerense no se preocupó de la estructura de la jefatura del órgano y no tuvo en cuenta la corriente doctrinal y constitucional que postula que la Presidencia del Ministerio Público concentrada en la figura del Procurador o Fiscal General (unicefalia) constituye un "prevaricato institucionalizado" toda vez que dependen de él (y por ende puede dirigirles instrucciones) a órganos inferiores que pueden estar enfrentados en un mismo litigio. (Carlos Chiara Díaz. Reformas al Procedimiento Penal y al Ministerio Público Bonaerense. Editorial Rubinzal-Culzoni. 1998, pg.152/155).

#### V

La Excma. Cámara en lo Civil en criterio que comparto, considera que el presente caso difiere del Juzgado por esta Suprema Corte en causa 95.464, donde mediaban conforme los antecedentes detallados serios peligros para la vida de la madre -mayor de edad- en caso de continuar su estado de gravidez y no se trataba -agrego- del caso de violación de una discapacitada.

No se ha transgredido, en lo decidido doctrina legal alguna.

Para concluir, corresponde por las consideraciones vertidas y en mi criterio, rechazar el reclamo interpuesto por la Dra. Ozafrain y encomendar al Estado Provincial la asistencia de la menor L.M.R. y a la Juez de Menores, que extreme el control de la misma en compañía de su progenitora -y asimismo- hacer saber a los profesionales médicos y demás partes intervinientes que el consentimiento se encuentra incompleto y la materialidad ilícita se encuentra en investigación.

Voto por la negativa.

A la segunda cuestion planteada, el señor Juez doctor Mahiques dijo:

1. Que en cuanto concierne a los agravios vinculados al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, corresponde señalar que el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación, estando en principio sólo llamados a resolver casos de intereses controvertidos o contrapuestos que ostenten relevancia jurídica presentados por los justiciables ante sus estrados, con base en una normativa específica (conf. S.C.B.A., "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de General San Martín", rta. 25/7/02, voto doctor Pettigiani).

Siendo ello así, y teniendo en consideración que V.D.A., al declarar ante las autoridades policiales, dijo "yo sólo quiero saber si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebe que está por nacer", y más allá del alcance que deba otorgarse a

dichas expresiones -cuestión que ha sido objeto de examen y debate a lo largo del trámite de esta causa-, debe también aclararse que si se entiende que lo solicitado constituye una autorización para llevar a cabo una conducta que no resulta ilícita ni se encuentra penalizada, la actuación judicial resulta superflua, ya que por directa aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no se requiere autorización alguna para hacer aquello que la ley no prohíbe.

Si, en cambio, la anuencia judicial se peticiona a los efectos de llevar a cabo una conducta delictiva, en modo alguno los jueces pueden otorgarla, en razón de la propia naturaleza antijurídica del acto que se pretende realizar.

Sin embargo, la trascendencia de los bienes comprometidos no permiten obviar, como aduce la recurrente, la realidad ya puesta en conocimiento de las autoridades por una de las propias partes interesadas, consistente en la pretensión de realizar un aborto.

Así pues, aún cuando no se trate propiamente de una acción de consulta -no prevista en nuestro ordenamiento-, ni tampoco resulte por su naturaleza jurídica un pedido de autorización para llevar a cabo esa conducta, la posible afectación de la vida del nasciturus, exigía, contra lo pretendido por la quejosa, el dictado de una decisión sobre la cuestión planteada.

2. Que acerca de la denunciada violación de la doctrina legal de esta Corte, dicha transgresión no se encuentra a mi modo de ver configurada, toda vez que los presupuestos fácticos que fundamentaron el fallo invocado por la recurrente (dictado en el Ac. 95.465, "C.P. de P., A.K."), resultan ser sustancialmente distintos de aquellos que son objeto de tratamiento en esta causa.

Ambos casos no difieren solamente por la distinta subsunción legal de los hechos, como insinúa la recurrente, sino que se trata de una diferencia esencial que se verifica en los mismos presupuestos fácticos de una y otra causa. Recuérdese que en el precedente evocado de esta Corte (Ac. 95.465, "C.P. de P., A.K."), la parte actora, por sí y en representación de sus hijos menores, había requerido autorización judicial para interrumpir su embarazo con motivo de padecer miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, con episodios de insuficiencia cardíaca descompensada y limitación de la capacidad funcional, así como endocarditis bacteriana y arritmia crónica con alto riesgo de morbilidad materno fetal.

Es decir, que entre los hechos tenidos en cuenta por la Corte en ese caso, estaba la grave situación de riesgo para la salud de la madre, circunstancia que, según será luego objeto de otro análisis, no se halla verificada en autos. El agravio en trato debe, entonces, ser rechazado.

3. Que a la vista de que gran parte de la controversia gira en torno a la operatividad de la norma contenida en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal, resulta importante formular algunas precisiones sobre su naturaleza jurídica. Especialmente, teniendo en cuenta que a lo largo de este proceso las partes intervinientes han alegado de manera más o menos explícita que dicha previsión legal consagra una especie de "derecho al aborto", en la medida en que se verifiquen sus presupuestos de aplicación.

Las cláusulas contenidas en ambos incisos del artículo 86 del Código Penal, en virtud de las cuales se determina la no punibilidad de un aborto, participan -por cierto con características especiales- de la naturaleza de aquellas que en la doctrina tradicional han sido identificadas como excusas absolutorias, y en tiempos más recientes con mayor propiedad como cláusulas de no punibilidad. Las mismas configuran, en líneas generales, cláusulas normativamente consagradas, en virtud de las cuales el Estado, en ejercicio de una decisión político criminal, opta por omitir la aplicación de una pena ante un hecho ilícito en aras de la consecución de un fin social que privilegia por sobre el ejercicio del officium puniendi.

De tal manera, las previsiones en trato no consagran un derecho a llevar a cabo una conducta abortiva, es decir, no establecen un permiso ex ante para provocar el aborto, y sólo habrán de ser operativas cuando, ante la constatada comisión del aborto típicamente relevante, el juez interviniente deba decidir sobre su procedencia.

Es por ello que, como se anticipó, resultó correcta la decisión de la cámara de excluir en el caso la aplicación de la norma en cuestión, ya que la materia sometida a su conocimiento no consistía en el

juzgamiento de un delito de aborto al que podían resultar aplicables las aludidas cláusulas de no punibilidad, sin considerar que ello hubiera resultado materialmente ajeno a su ámbito de competencia específica.

4. Que la problemática vinculada con la mentada operatividad de la norma en este caso, también obliga a formular algunas precisiones vinculadas a la tarea interpretativa a cargo de los jueces, para lo cual corresponde recordar algunas claves hermenéuticas que a tales efectos ha delineado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al respecto, el máximo tribunal nacional ha establecido que la inconsecuencia no se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todos con valor y efecto (Fallos 310:195). Precisamente, uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema del que forma parte, es la consideración de sus consecuencias (Fallos 310:267).

Cabe aquí subrayar que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, por lo que no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 310:464); y que ha de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulte compatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 310:558).

También se ha señalado que la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, de tal modo que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (Fallos 310:799); y que es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 296:22 y sus citas; 310:937; entre muchos otros).

En otros términos, las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico, y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 311:255).

No es, entonces, soslayable, tal como surge de la jurisprudencia de la Corte nacional, que en la interpretación de los preceptos legales debe preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales (Fallos 256:24; 261:36; 262:236; 263:246; 265:21; entre muchos otros).

5. Que no obstante señalar que la virtualidad y eficacia de la cuestión propuesta y de la decisión requerida a esta Corte están sometidas al inexorable proceso biológico propio de la preñez de la menor, tampoco es posible obviar -pese a la urgencia del reclamo y la exigüidad del plazo otorgado para expedirme-, que en aquella van entrañados problemas que -en una dimensión normativa- convocan a la Medicina, la Bioética y el Derecho. Son problemas (y, para algunos hasta aporías) epocales y planetarios que afrontan y demandan desafíos y respuestas satisfactorias a todas las inquietudes que suscitan.

El presente es, además, un caso -extremo y dramático- y particularmente problemático pero no por ello menos real, acuciante y requerido de una respuesta judicial que parta de ciertas certezas axiológicas, pues se implican valores y peligros acerca de los cuales le cabe a la ciencia jurídica primero, y a los jueces luego, disciplinar y esclarecer ante el silencio o la ambigüedad del ordenamiento jurídico vigente.

Es, en consecuencia necesario, frente a tantos e inoportunos silencios legislativos, ratificar algunos principios generales de carácter personalístico que, a modo de brújula guíen, coherente y concientemente, en el tempestuoso mar de la casuística.

6. Aquellos principios rectores se expresan de manera más o menos directa a través de standards y paradigmas tales como la salvaguarda de la vida y la salud, la dignidad de la persona humana, la igualdad en dignidad de los sujetos humanos, la autodeterminación, y a lo que se denominará en ciertas situaciones dudosas y conflictivas, el principio de precaución o *in dubio pro vita*.

7. En la especie aparece con perfiles problemáticos la cuestión de la disponibilidad del concebido, problema siempre inquietante por las multiplicadas formas de agresión y la variedad de puntos de vista y de soluciones acerca de su estatuto ético y jurídico, y finalmente de sus derechos confrontados a los derechos y deberes de otros. Si algo puede afirmarse del segundo milenio con toda su saga de sangre e injusticia, es que ha dejado en herencia también la idea grandiosa de la igualdad en la dignidad de los seres humanos; así como que el nuevo milenio indica como derrotero el cumplimiento de esta dinámica ética especialmente en el ámbito de la vida humana singular, y aún más respecto al sujeto más pequeño, débil e indefenso: el concebido.

8. No es ciertamente una sentencia ni un caso judicial el ámbito adecuado para dirimir la perenne contraposición dialéctica entre utilitarismo y personalismo, pues es a la sociedad y a los legisladores a quienes compete el debate, la selección de las opciones y de la norma agenda ante la compleja variedad de las situaciones y de las problemáticas afrontadas. Hombre-cosa, hombre-masa, hombre medio, por un lado, u, hombre-valor, hombre-persona, hombre-fin, por el otro, constituyen el núcleo de una controversia entre humanismo y antropología, entre cosmovisiones religiosas y laicistas permisivistas, y en definitiva entre posiciones que reconozcan, o no, al ser-persona-humano una dignidad que no sea objeto ni medio sino un fin en sí mismo.

El drama del aborto debe encontrar soluciones por vías menos devastadoras para el concebido y para la madre que la liberalización irrestricta de las prácticas abortivas. No será con la banalización de esta grave cuestión sino con la política de la prevención solidaria como se removerán efectivamente sus causas (individuales, familiares, sociales, económicas), y con la asistencia y la ayuda a las madres y la toma de conciencia del deber propiamente humano de acoger y proteger la vida que nace.

Por lo demás, el discurso dogmáticamente permisivista eleva el riesgo para la efectiva realización de los derechos humanos reconocidos en los pactos internacionales y en la propia Constitución Nacional. Particularmente los relativos al reconocimiento de la vida, la dignidad y la identidad biológica sin los cuales no podrá erradicarse el peligro de que las "conquistas" para y con el hombre terminen volviéndose contra él.

9. Pareciera subsistir en el plano de la discusión sobre la fase inicial de la vida humana una profunda contradicción: por un lado se afirma la disponibilidad del concebido con la difusión de la cultura y de la liberalización del aborto; mientras que por otro, no se dejan de reconocer -incluso normativamente- los derechos del concebido de nacer sano, de ser cuidado y educado, etc. (baste recordar que el art. 75, inc. 23, segundo párrafo, de la Constitución Nacional dispone que "Corresponde al Congreso... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"; la Convención sobre los Derechos del Niño, de igual jerarquía constitucional que la anterior, expresa que "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", que "garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (art. 6.1 y 2 el subrayado no pertenece al original); además impone que se "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación" (art. 19) y que se "adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños" (art. 24.3.)). De donde la contraposición más lacerante concierne -como quedó expuesto- al doble

problema: el de la naturaleza del concebido, que las concepciones que llamé utilitaristas, consideran objeto disponible, y como tal plenamente disponible por la madre, por el productor in Vitro, por el experimentador; o como ser humano menos humano que el ya nacido, y por tanto, un semihombre, disponible como tal para la satisfacción de otros intereses tenidos como prevalentes (el aborto con exclusivos fines eugénicos, demográficos, para embrioexperimentación, embrioproducción para fines no procreativos, etc.).

10. Una concepción personalista a la que adscribo, en cambio, sostendría -rechazando la categoría del semihombre, que el concebido es un sujeto de derecho entre los cuales cabe reconocerle, en primer lugar, el derecho a la vida, que sólo puede ser sacrificado para salvaguardar la salud de un peligro grave o la vida de la madre. Porque, en esto hay que ser claro, entre "objeto" y "sujeto", tertium non datur.

De todos modos, en casos como el de autos, el juez tiene reservada la última palabra, no porque la ley sea un instrumento objetivo y neutral, sino porque aquel, a diferencia del estudioso, no puede atrincherarse detrás del principio del non liquet: está llamado a pronunciarse y a superar las dudas que lo asalten.

11. Cuanto se viene expresando guarda adecuado correlato con los imperativos normativos derivados de las Convenciones internacionales integradas a la Constitución Nacional con análoga jerarquía (art. 75, inc. 22º, pár. Segundo), tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos consagradas por las Naciones Unidas (art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º: "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"); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.4º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"); y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6º: "Los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", donde la República Argentina declara que, -conforme Ley Nº 23.849- en este sentido, "Niño" debe interpretarse como "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad").

Con base en igual hermenéutica, se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que "el derecho a la vida reviste especial importancia porque es el presupuesto esencial y sustento para la realización de los demás derechos. El derecho a la vida es de importancia fundamental dentro del sistema de garantías de la Convención; en consecuencia, sus disposiciones deben interpretarse estrictamente. La protección de este derecho reviste así una doble dimensión: supone, por un lado, que a nadie se le puede privar arbitrariamente de la vida, pero por el otro lado exige de los Estados que se tomen los recaudos necesarios para asegurarla" (Dictamen de la Comisión Interamericana en el caso, "Ejecuciones extrajudiciales", del 13 de abril de 2.000).

En una decisión signada por aquella evolución doctrinaria resolvió la Corte Interamericana en el caso N. A. y otros (sentencia del 19 de enero de 1.995), que el artículo 1º de la Convención contiene "la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que sea lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el art. 1º, punto 1 de dicha Convención", en cuyo caso de resolverse en contrario, agregó, se podrían derivar responsabilidades en el orden internacional para nuestro país.

12. Definido el marco y alcance de aquellos principios, se impone actualizar ahora el sentido asignado por el legislador al establecer la previsión relativa al aborto eugenésico. Para ello resulta por ilustrativo transcribir los correspondientes argumentos consignados en el informe elaborado por la Comisión redactora del Código Penal (conf. Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional, 43va. Reunión de la 31va. Sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920, lectura del informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación, pág. 958, suscripto el 26 de

septiembre de 1919 por J.V. González, E. Del Valle Ibarlucea, P.A. Garro):

"Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito."

"La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda comisión de peritos."

"Es la primera vez -agrega- que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso del incesto "se podrían añadir consideraciones de orden étnico", y que cuando "el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia", podría argüirse "más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?" (Jiménez de Asúa, "La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas", pag. 206)."

"El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugenésica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales."

"Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugenésicos, sintiéndose esa medida, según dijera van Hamel, una "repugnancia afectiva", es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales."

La consulta a la intención explícita del legislador, aun cuando pudiera responder a las concepciones culturales y sociológicas imperantes en aquella época, constituye un valioso aporte al análisis teleológico de la norma involucrada, especialmente si se considera la evolución operada en el derecho tanto nacional como internacional en lo relativo al concepto de dignidad humana.

En el caso se ha puesto en duda la constitucionalidad de la norma que contempla el aborto eugenésico. Es necesario, entonces, acudir a un razonamiento que, con base en aquellos postulados, permita arribar a un juicio acerca de la previsión normativa que resulte respetuosa de las garantías constitucionales vigentes.

La gravedad que conlleva una eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma, la torna excepcional y extraordinaria, como se viene sosteniendo reiterada y pacíficamente a través de la doctrina judicial de los más altos tribunales nacional y provincial. Conforme a la misma, la validez constitucional de las normas debe ser presumida, lo cual implica que una declaración en contrario ha de tenerse como ultima ratio de la labor judicial.

Dicha afirmación no significa en modo alguno condicionar la tarea judicial de rectificación de las normas inválidas, sino que instaura la exigencia de que la discordancia entre los principios fundamentales de la Carta Constitucional y las cláusulas normativas atacadas, ha de ser ostensible e insuperable por otros medios.

13. Entre las garantías que integran el actual catálogo constitucional, está aquella vinculada con la operatividad del principio de lesividad u ofensividad. Del mismo se deriva como exigencia inexcusable que las conductas merecedoras de pena resulten lesivas del correspondiente bien jurídico a cuya protección tiende el tipo penal aplicable.

Es tarea de la Política Criminal, informada de racionalidad finalística, individualizar cuáles son aquellos bienes e intereses que merecerán tutela a través de la intervención punitiva estatal, seleccionando además los comportamientos y conductas que serán objeto de incriminación.

Las decisiones tomadas desde el ámbito de la Política Criminal acerca de los concretos bienes jurídicos protegidos delimita el umbral de la tutela penal. Por tanto, las manifestaciones subjetivas de infidelidad a las normas no pueden ser tomadas en consideración por el orden penal hasta tanto no se constituyan en un peligro o en una concreta afectación para aquellos bienes.

Es que, insisto, en un Estado de Derecho la definición de las conductas penalmente relevantes se encuentra gobernada por los principios de ultima ratio y lesividad, en cuya virtud sólo pueden sancionarse penalmente aquellas acciones u omisiones que afecten, al menos potencialmente, al bien jurídico protegido.

Es en razón de aquellos imperativos que no basta la mera contradicción formal de la actuación con los términos contenidos en la norma de prohibición porque la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental inherente a la concepción de esta rama jurídica en el marco del Estado de Derecho. Tanto más, cuando de esta manera se asegura la vigencia del principio de proporcionalidad ya que la intervención punitiva no habrá de resultar proporcionada si no se la justifica por la necesidad de protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida en común, y con el objeto de evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas (cf. Jesús Silva Sánchez, "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo; J.M. Bosch Editor; pág. 267).

14. Ahora bien, aunque el principio de ofensividad, así delineado, aparece como un criterio material legitimante de la actividad punitiva del Estado, su relevancia en el ámbito sancionatorio también confluye hacia la determinación de los criterios de legitimación de toda actividad estatal que pueda resultar particularmente lesiva de aquellos bienes jurídicos de carácter fundamental, como resulta ser sin lugar a dudas, la vida humana.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, a los efectos de la hipotética aplicación al caso del artículo 86 inc. 2º del Código Penal -en cuanto contempla el aborto eugenésico- ha de puntualizarse que ella exigirá siempre la comprobación de la existencia de un cierto nivel de afectación de la salud física o psicológica de la mujer embarazada. Esto es así, pues la interrupción del embarazo determina a su vez y concomitantemente, otra lesión de mayúscula entidad como lo es la vida del concebido.

Es innegable, por lo tanto, que no tendría justificación alguna la causación de una muerte sin que ella, a su vez, responda a la evitación de otros daños o lesiones que revistan importancia tal como para legitimar dicha decisión. Salvo que se acuda a fundamentos meramente pragmáticos o formales que resultan por completo contrarios -como quedó expuesto- tanto a las consecuencias derivadas de la plena vigencia de los principios de ofensividad y razonabilidad, como a las directivas constitucionales y legales que tienden a proteger la vida desde el momento de la concepción y a preservarla de toda injerencia arbitraria dirigida contra ella.

15. Siendo ello así, resta consignar que, en juicio en principio ajeno a esta instancia extraordinaria, la cámara ha concluido que no se encuentra demostrada la presencia de riesgos ciertos para la salud de la joven embarazada, sin que se verifique en el caso, ni las partes lo hayan demostrado, que dicho razonamiento sea consecuencia de una valoración arbitraria o absurda de las constancias probatorias existentes en la causa.

Por lo demás, en relación a su operatividad respecto de una conducta todavía no concretada, lo precedentemente señalado determinaría que el supuesto habilitante de la aplicación del artículo 86, inc 2º, del Código Penal, en tanto prevé el aborto eugenésico, no se encuentra suficientemente demostrado

en la causa.

16. En la propuesta contenida en este voto, he de dejar de lado todo análisis vinculado a los presupuestos que abastecen el denominado aborto por indicación ética o sentimental. En efecto, los matices propios de su particular construcción dogmática y los límites normativamente impuestos a su procedencia son ajenos al presente examen judicial y al objeto de la controversia sometida al conocimiento de esta Corte, como así también a las circunstancias de la causa donde se investiga el presunto delito de violación.

17. En razón de los argumentos vertidos, he de propiciar el rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto.

Sin perjuicio de ello, y compartiendo los argumentos fundados en razones de solidaridad social, invocadas por el doctor Pettigiani, adhiero a su propuesta de poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Provincial la situación de la menor causante con la finalidad señalada por el distinguido colega.

Deseo igualmente dejar expresado que coincido en el cuadro de situación delineado por el doctor Pettigiani en el considerando XV de su voto, y sobre el cual se expide con idéntica línea argumental el doctor Domínguez (v. considerando 13 del suyo), respecto del carácter de la intervención de la señora Procuradora General en la presente fase recursiva.

Debo, sin embargo, advertir que si bien la organización del Ministerio Público sitúa a la Procuración General como superior jerárquico único y común de la asesoras de menores e incapaces intervinientes, de su presentación no puede inferirse -en principio- la omisión de representación del nasciturus, desde que la opción adoptada como solución del caso no supuso la desatención procesal de los intereses del concebido.

Fuera de ello, y en atención al restante contenido del voto, no puede a esta altura del proceso, derivarse de la hipotética falta de representación perjuicio alguno que ponga en crisis la validez formal de lo actuado.

A modo de *Obiter dictum*, sin embargo y como exhortación que pueda percutir el debate, observo que debería haberse tratado antes de ahora la representación en esta instancia de una de las partes del conflicto: el nasciturus.

Es discutible que proceda admitir dicha situación ni cohonestarla bajo la forma de una representación promiscua pues el pronunciamiento de la máxima representante del Ministerio Público en favor de una de las partes en conflicto dejaría expuesta la inexistencia de representación de la persona por nacer que podría ser afectado de forma absoluta e irreversible por las decisiones de la magistratura que juzga el caso.

Cabe legítimamente preguntarse sino media concurrencia de intereses contrapuestos que obligan al Estado a cumplir con el indelegable deber de garantizar un proceso equitativo designando a un representante del Ministerio Público de la Defensa que, como, por caso, sería el Defensor General ante el Tribunal de Casación Penal, esté en condiciones de representar y defender los derechos del concebido en igualdad de armas con la Procuración General.

Que si bien un tal procedimiento no está previsto en las normas rituales locales, ello no excusaría una intervención en el indicado sentido desde que se trata de una situación de particular gravedad y de que una inteligencia contraria importaría vulnerar diversas normas constitucionales, nacionales y provinciales, y renunciar a compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

Que las señaladas obligaciones supranacionales no pueden ser incumplidas con el pretexto de vacíos legales o de la aplicación exclusiva de normas locales (art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Que, por caso, el art. 12 inc. 2º de la Convención Sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por la República Argentina por ley 23.849 -B. O. del 22/10/90- e incorporada al texto constitucional federal en la reforma de la C.N. del año 1994,

art. 75 inc. 22), establece la obligación de dar al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativa que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Que el mismo ordenamiento contempla en su art. 3° inc. 4°, que "es obligación de los Estados Partes la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"; y en su art. 6, "que se reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida, y que el compromiso de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo".

Que estos principios no se circunscriben al niño nacido, sino que se extiende al concebido desde el momento que tiene su mismo status, esto es el de persona humana menor de dieciocho años de edad (arts. 1 y 2 de la aludida Convención; art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 70 del C.C.).

Que en consecuencia, la representación en juicio del nasciturus, como la de toda persona, se impone también como obligación en tanto garantía derivada del genérico derecho de defensa en juicio consagrado por la Constitución Nacional (art. 18, y arts. 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por ya mencionado art. 75 inc. 22 de la C.N.).

Que asimismo, la defensa en juicio está igualmente garantizada por la Constitución Provincial (art. 15).

Que la misma Constitución le otorga la titularidad del Ministerio Público a la Procuración General (art. 189) mientras que son las leyes locales de inferior jerarquía normativa las que determinan que su función primordial es la defensa de los intereses de la sociedad en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales (art. 1, ley 12.061).

Que en lo que respecta a los incapaces -como lo es el nasciturus- se impone la intervención del Ministerio Público en su representación en todo proceso -incluso en la etapa recursiva- bajo sanción de nulidad (art. 23 inc. 1° ib. Idem), para que de ese modo pueda peticionar en su nombre, cuando carezcan de representantes o exista oposición de intereses y resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud e identidad (cfr. norma citada, inc. 2°).

Que, en definitiva, debe recordarse que fue este mismo Tribunal el que ha interpretado que la cuestión sometida a tratamiento era de índole asistencial, con ajuste a las disposiciones sobre Patronato de Menores.

Siendo ello así, se debería imponer al Ministerio Público el proponer -y a esta Suprema Corte establecer- toda la reglamentación pertinente para evitar conflictos o la superposición de tareas técnicas (art. 3, ley 10.067).

Entonces, y con el fin de evitar el conflicto de intereses suscitado, surge imperativo que se asegure un procedimiento dirigido a concretar la representación del niño por nacer en esta etapa del proceso.

Lo contrario podría importar un improcedente apartamiento de las disposiciones normativas de índole constitucional antes indicadas, y conducir a la eventual nulidad del pronunciamiento, sin perjuicio de la posible asunción de responsabilidades del Estado provincial por la omisión de cumplimiento de obligaciones internacionales presumiblemente motivadas en la ausencia de disposiciones legales locales.

Que, en conclusión, en el futuro debería integrarse -con la correspondiente intervención a cargo del funcionario que la Procuración General designe- la representación del concebido durante el trámite recursivo.

Voto por la negativa

A la segunda cuestión planteada, el doctor Piombo dijo:

Comparto lo expresado en los votos de los señores Ministros Genoud, Hitters, Kogan, Roncoroni y

Soria.

Sin perjuicio de todo lo dicho in extenso en esos documentos, dejo constancia que el tema debe ser enfocado primordialmente desde el punto de los derechos humanos de la víctima y más allá de lo que disponga la ley penal. O sea examinarlo en otra grada normativa superior.

La Constitución, por sí o a través de los instrumentos internacionales constitucionalizados, compromete a la comunidad organizada a proteger a las personas en su libertad, salud y dignidad. En el caso, tal protección falló y es el Estado que debe asumir una actitud, al menos reparatoria, respecto de un hecho que sus leyes proclaman como ilícito o contra el sistema.

En esa inteligencia se advierte que una de las posturas lleva inexorablemente a que la víctima no sólo sea tal con relación al ilícito sino en un lapso posterior, soportando también las consecuencias del accionar que la menospreció. En otras palabras: se la victimiza nuevamente, sometiéndola sin piedad a una permanente violación de su intimidad y a la continua molestia de la ingerencia de órganos jurisdiccionales en su entorno vital. Incluso, a través de uno de los temperamentos explicitados en autos, se lleva a la abusada a un "status" en el que tendrá nuevas responsabilidades -incluso amenazadas con sanción penal- con relación a una descendencia tampoco deseada. Por último, cabe tomar conciencia que los trámites jurisdiccionales hacen cada vez más riesgoso acabar con los efectos del delito. Mancillada entonces su dignidad y quebrantada su libertad, se enfila directamente a deteriorar más su salud psíquica como física, cuando no a colocarla en difíciles contingencias.

Entiendo que cabe poner punto final a todo esto.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General (arts. 289, 298 C.P.C.C.), se resuelve:

1. Rechazar el recurso extraordinario de nulidad interpuesto a fs. 131/134.
  2. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido en la presentación de fs. 131/139 y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia recurrida.
  3. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2 del Código Penal.
  4. Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L. M.R. , en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar.
  5. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L. M. R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas.
  6. Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.
- Regístrese. Notifíquese.