



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Expediente Letra "F", N° 259, Libro XLVI, Año 2010, caratulado "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva".

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, y **JULIÁN HORACIO LANGEVIN**, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay N° 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

USO OFICIAL

I.- Asumimos representación

En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "i" de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor **A. G.**, nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).

II.- En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor *Ad Litem* y Asesor de Familia e Incapaces del *nasciturus* a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).

Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de "abortedo no punible" previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.

III.- Procedencia

Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656).

El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: “(...) *El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G. fue intervenida médicaamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs. (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs. del día 12 de marzo, en el carácter de tutor ad-litem del nasciturus y ejerciendo – simultáneamente- su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada Nº 04/2007 de la C.S.J.N. Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisible, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad. (...) En la causa: “B.A. s/ autorización judicial”, sentencia del 7/XII/2001, (Fallos, 324:4064 y sgtes.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parto respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...)corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada”(...).” (v. fs. 673/676).*

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Acordada N° 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. en similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados “*Vega, Beatriz María c/ Banco Formosa S.A. s/ acción común*”).

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (Fallos: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor *Ad Litem* del *nasciturus*, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs. (cf. cargo de fs. 658vta.), fecha en la que su representado –lamentablemente- había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada a su progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art. 74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el *a quo*.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada N° 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una **regla general muy definida**, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos, 267:499; 285:353 y 328:339), **también existen excepciones, y una de ellas es que el tema sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.**

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegaban al tribunal en término para dictar únicamente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica sobre la cuestión abstracta (*smoothness*), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán.

En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto: “*Roe v. Wade*” (410 U.S. 113, 1973) y “*Doe v. Bolton*” (410 U.S. 179, 1973), en tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., “La Suprema Corte en el sistema judicial federal” 4ta. Edición, Trad del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente “*T.S.*” en cuanto sostuvo que “...*la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...)* esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica...” “(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible...” (v. Fallos 324:5, considerandos 4º y 5º).



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente “B., A” que: “...es **harto difícil que, en la práctica lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión...**” (Fallos 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: “Carroll v. Princess Anne”, 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obsta a la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que **es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia -esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial-** (cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no puede soslayarse que en el *sub lite* **se encuentra involucrada una menor de edad** y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: “**Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten**” (Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que “La expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio

pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" (Opinión Consultiva OC 17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28/8/2002). En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: "las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos" (Fallos: 328:2870).

Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionante y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

En el sub examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (*self determination*) como parte de los derechos de su personalidad (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo" en Borda, Guillermo A. (dir), "La persona humana", Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

IV.- El caso de A.

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación expondremos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquel no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de A.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), **será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos -comprensivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable-, el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.**

Asimismo, es dable remarcar, que **el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.** (cf. Roca y Trías, E., "Contestación" al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre "El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional

privado", Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces preguntarse desde el inicio: **¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?**; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de "controlar" y la de "encontrar una solución" (**criterios de control y de solución**).

En el **criterio de control**, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efectuado. Mientras que, en el **criterio de solución**: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es "*la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica*" (v. al respecto Fulchiron H., "*De l' intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*", IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el "*El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*", Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf).

El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufriera, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego. Las circunstancias que rodearon el pedido de interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atravesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.



Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo decurso no puede preverse de antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor A., repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

USO OFICIAL

IV.1.-Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. *había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años* (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer).

O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

IV.2.- Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible

No pueden dejar de remarcarse los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40).

Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, **una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó**



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez interviniente en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia, peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador *ad litem* a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del *nasciturus* (fs. 49), y la tutora *ad litem* del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs. 50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíquico a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs. 140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud

psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128).

El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de inconstitucionalidad (v. fs. 387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2º, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que “la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales” (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente “Casey”, explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual “*no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado*” (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara *infra*, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder al derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, **adelantamos desde ya -sin perjuicio de las consideraciones que a continuación argumentaremos- que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente** en cuanto afirma: “...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser *precedidos por una investigación penal que -aventando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor. Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido*” (v. fs. 657vta. último párrafo y 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2º, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley nº 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. <http://www.aapdp.com.ar/>).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R.L.M., rta. 31/07/2006, voto del Dr. Genoud). Pero nunca puede considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.

IV.3.- Sobre la afectación de la salud

En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

a) Psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);

b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas (fs. 66);

c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);

d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);

e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactiva a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose, en consecuencia, en continuo riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs. 125/126).

f) El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por lo distintos especialistas, la Sala Civil del

Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida.

En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.

Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.

En tal sentido, se ha sostenido 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 a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: “...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro o puede ser evitado por otros medios.” **Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada** (v. Zaffaroni, Eugenio, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso “L.M.R.”, en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación del inciso 2º del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba no habrían permitido descartar *a priori* un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1º, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2º, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

Y lo cierto es, que en el *sub lite* se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: Por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2º, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1º.

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los argumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/). La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del niño. La combinación de “supervivencia y desarrollo” que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor

esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, “*Convención sobre los Derechos del Niño*”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3º, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en tanto, los compromisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites a la actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía. En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que “*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*” (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr. 166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trámites burocráticos que dilaten indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola “*Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado*”, Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010, Fascículo N° 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su

impacto en el derecho argentino”, v. <http://www.laleyonline.com.ar>).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

V.- La normativa cuya interpretación se cuestiona.

V.1.- *Facultades y obligaciones del Estado en materia penal*

El ser humano es causa y fin del Derecho (*Hominum causa omne ius constitutum est*, L. 2, D. *De st. Hom.*, 1,5.). La vida humana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales -las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas-, cuantitativas –muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas -el valor personal asignado por cada uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural- (cf. Dworkin, Ronald, “*El dominio de la vida*”, ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización *in toto* del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del *sub lite*, pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, *como si* hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera *como si* hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irreabilidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto *como si* nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del “*como si*”, tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Marí, Enrique, “*La teoría de las ficciones*”, ed. Eudeba, 2002, cap. XII, “*Hans Vaihinger y las ficciones del “como si”*”). Esto no implica negar el estatus de persona del *nasciturus*, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, “*Personas Individuales*”, Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso “*Sánchez*”, donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por *iure proprio*, en

virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: "...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género "persona" a las "personas por nacer", definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinguir el concepto de "hombre" del de "persona", y dice "...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes. Como se trata de una aptitud 'jurídica', es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad 'natural', algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares..." (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre "persona" e "individuo humano" afirmando que la personalidad es "un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles" (op. cit. pág. 12)". 11) (...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión." (C.S.J.N., S. 1091. XLI., "Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)", rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida humana, también fue relevada por V.E. en el caso "Blanco", donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido. Así, se afirmó: "7º) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor Blanco reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

fuerá privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que Blanco, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco -aun con una lectura más abarcadora- que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043.” (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII, “Blanco, Luciano Ramón c/ M° J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)”, sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siguientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 1º, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, CP); c) represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental -cuya discusión aquí se plantea- (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 *in fine*, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

- a. Distinción clara entre aborto y homicidio.
- b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).

c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborted terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).

d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).

e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.

f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP). La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

exigibles para el *nasciturus* y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarían derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales. A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, transformando así al Derecho Penal en una rama omnicomprensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la *ultima ratio*, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario.

En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si —y en su caso, con qué requisitos— el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de 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 (Gulco, Hernán “*¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?*” en Doctrina Penal, Nº 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el

ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad — tanto física como mental—. Así lo ha entendido Zaffaroni: "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" (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

V.2.- Constitucionalidad del artículo 86 CP

V.2.a).- La norma

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º 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; 2º 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."

La fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (*Notzucht*), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “cría en emergencia”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (*Schändung*), que proviene del verbo desdorar, mancillar (*Schänden*), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales -llamadas entonces “idiotas”- se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, “*Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo*”, Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa. y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “violación” todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión “*Schändung*” del alemán, fue traducida al francés como “*attentat à la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*”. La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nuestro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es “atentado al pudor”, concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob. cit, p. 114; Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderantemente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, “...*la primera vez 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” (v. Moreno (h), Rodolfo, “*El Código Penal y sus antecedentes*”, Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2º. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas. La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., “*El aborto de la mujer víctima de violación*”, en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, “*El aborto y su impunidad*”, La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., “*Los delitos*”, ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*”, Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. “*Curso de Derecho Penal. Segunda Parte*”, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b).- Contexto histórico

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación.

La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, *"Inferioridad jurídica y encierro doméstico"*, en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de *incapaz* de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, *"Tratado de Derecho Civil Parte General"*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título *"Delitos contra la honestidad"*. En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus *"dueños"*, responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, *"Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas"*, en Las trampas del poder punitivo, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de

las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Género, violencia y derecho, Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una “cosificación” de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer.

Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2º, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley nº 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse “Delitos contra la integridad sexual de las personas”. El cambio propuesto apunta a incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón. Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificarse el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, ob



Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

cit.,p.151/153).

Una interpretación sistemática de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2º, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho.

Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como “delitos contra la honestidad” se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

V. 2.c).- Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional. Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como “Principio de interpretación estricta”. La idea básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces —al tiempo de interpretar la ley— la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema y declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la

interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, ob. cit., págs.150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.

Al respecto es dable recordar que V.E tiene dicho que: “**las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley -y en especial la Constitución- tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.**” (Fallos 330:4988) pues, “**la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser**



Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial” (Fallos: 331:1262).

V.3.- Análisis actual

En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse. Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarreaba riesgo a su vida. Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.

V.3.a).- Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de “salud”, a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado “aborto terapéutico” se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mencionado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica 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." (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). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, "Aborto por motivos terapéuticos...", ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros).

Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de "salud", como: "*un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones*", de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

V.3.b).- Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que "*[ni] la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia*" (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, "El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina", en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, "Algunos debates constitucionales sobre el aborto", en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II, Coord. Gargarella,



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de mayor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1º. El inciso 2º no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté presente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación.

Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una “coma” antes de la “o”, para separar los términos “violación o atentado al pudor”, y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la “coma” era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados. Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la “coma” se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que “*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 antecedidas de ese signo*” (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977). En general, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones “y”, “e”, “ni”, “o”, “u” (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, “*El uso de la coma*”, ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal ‘en este caso’. Según los partidarios de la tesis

restringida, cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido", pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada "incapaz" (v. por todos, LLambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional.

En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la *ratio legis* bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido. Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente *status* que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto “eugenésico” en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación), pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíquica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto “sentimental” para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de “selecta sensibilidad” (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos.

En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exégesis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso “*Giroldi*”, en el que sostuvo que la frase “*las condiciones de su vigencia*” significa “*tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas.



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio* (Cf. Corte IDH. Caso *Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del *corpus iuris* internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran.

Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional

de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales.

En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

VI.1.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es “*claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona*”, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: “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”.

Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Baby Boy* (CIDH. Caso *Baby Boy*. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “*en general*”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y éas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará–), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH). En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, **este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos. La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”** (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). **La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado “de 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”** (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, que guarda similitud con el caso de autos. Ramírez Jacinto fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México*. 9 de marzo de 2007, párr. 26).

En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia.

Como corolario de lo expuesto y siguiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, "La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia", p. 327/328, Santiago, Centro

de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

VI.2.- Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

VI.2.a).- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General nº 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, Karen Noelia Llantoy Huamán, a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que Karen Noelia Llantoy Huamán transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad. También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyó una vulneración al artículo 7 del PCDCyP, que proscribe las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío. L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal. A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la

procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbito privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación “por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]” y encomendó al Estado “adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).

VI.2.b).- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1º, establece “el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica”. Asimismo, prevé que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Además, el artículo 14 de la CEDAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 24, La mujer y la salud, 20º período de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 24, La mujer y la salud, 20º período de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a “garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurren en delito de aborto en las siguientes situaciones:

- a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),
- b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),

c. cuando el embarazo sea producto de una violación (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación),

d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto" (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

VI.2.c).- Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, 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".

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la "reserva" que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que 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.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, "en las condiciones de su vigencia". Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: "las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado" "(...). Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la



Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno.” “(...). Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieran rango constitucional.” (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley nº 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” y “enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

VI.2.d).- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribe las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992).

En el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán*, ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias mencionadas más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribe las torturas y otros



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

tratos crueles, inhumanos o degradantes.

VI.2.e). Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año **tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al aborto no punible contenido en el artículo 86, CP** (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38). Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

USO OFICIAL

VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y

procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: **"La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear"** (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos **"...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer"**



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

VII.1.- *El Estado no puede imponer conductas heroicas*

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. **Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas ‘no son exigibles’** (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, “Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Crimonología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo” Ed.Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: *“El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido”* (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta.10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: *“El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado”* (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

VII.2.- *El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante*

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

USO OFICIAL

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad “impuesta”.

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor Ferrajoli, en cuanto

señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como “derecho de aborto”, es decir, como una libertad positiva (o “libertad para”) que consiste, precisamente en la libertad de abortar. Se olvida, que antes es una libertad negativa (“libertad de”), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una *facultas agendi*, es una inmunidad, un *habeas corpus*, es decir la “libertad personal” sancionada como “inviolable” se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la constricción o coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, *La cuestión del embrión entre el derecho y moral*, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, Nº 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos “autónomos”; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser “persona” a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, *“Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98).

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que –como se señaló- no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo,



Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

USO OFICIAL

VIII.- Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: *“Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación”* Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido

coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta. 10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el *“legítimo ejercicio de su derecho”*, en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: “...*el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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. La permisión del llamado ‘aborto terapéutico’ (...), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna...*” (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos:324:5).

USO OFICIAL

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente .Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad.

En el sub lite A. ha sido escuchada, informada, (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara. Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la

solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. **Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular”** (v. Rubén Santos Belandro “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, [www.asapmi.org.ar/publicaciones/artículos jurídicos](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos)).

IX.- Por todo lo expuesto, en estos casos: “*...resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobieren tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos:305:385; 308: 2217 y 312:148 disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...”*” (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/ guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a A. y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que –con la premura que el caso amerita- deberá adoptar todas las medidas a su alcance para efectuar un seguimiento periódico del tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo



*Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación*

dispuesto en el pto. dispositivo 6º de la sentencia recurrida).

X.- Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos actuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010.-

USO OFICIAL