

Chubut entra en la historia de la jurisprudencia constitucional argentina

DICTAMEN

Ministerio Público

Procuración General de la Nación

F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.

S.C. F. 259, L. XLVI.

Suprema Corte

Habida cuenta que la práctica médica que fue autorizada por el a qua y que el recurrente pretendía evitar con su recurso extraordinario ya se ha efectivizado, estimo que resulta de aplicación al sub júdice, la doctrina de la Corte según la cual para el ejercicio de su jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya 'carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, debiéndose atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión del caso concreto (Fallos: 298:33; 304:1649; 312:555; 318:2438; 323:3083 y 3158 entre otros).

En tales condiciones, resulta inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso, por lo que opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario.

Buenos Aires, 14 de abril de 2011.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

-----

SENTENCIA

F. 259. XLVI.

F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.

VOTO GENERAL

Buenos Aires, 13 de marzo de 2012

Vistos los autos: "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva",

Considerando:

1º) Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut —ante cuyos estrados se instruía

una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11).

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía.

Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal). La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (conf. E.T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta).

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional

y convencional y c) que, pese a la innecesidad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravio por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: "Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental..."; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", y artículo 4º: "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"; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", y artículo 6º: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie

podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1º: “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”, y artículo 6º: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”).

4º) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs. 683/694).

En ambas presentaciones se petitionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022).

5º) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación

frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le 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 por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos "Roe v. Wade" (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48). Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

7º) Que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y

visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, este Tribunal se ve obligado a tener que establecer la inteligencia de las previsiones cuyo desconocimiento denuncia el recurrente, así como también determinar la aplicación de otras normas y principios de igual jerarquía en clave de necesarias pautas interpretativas, dejando a salvo que, no por ello, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas).

8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común —artículo 86, inciso 2º, del Código Penal—, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

9º) Que a partir de lo señalado en los considerandos precedentes corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente.

En primer lugar, porque es necesario advertir que este

apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular.

Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del

Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198).

Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.

10) Que de las previsiones establecidas en el artículo

1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, “Baby Boy”, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte. Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste.

11) Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto en atención a que, a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”). Así, atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal. 12) Que la tesis del

recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para ello, resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación.

A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas).

Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.

13) Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal adoptada por el a quo colisione con éstas.

En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados

Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4, antes citadas). Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones Nº 51 —1.2; 1.3—).

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico

constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194). En esta comprensión corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6º) al afirmar que "la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos 'grupos de riesgo' en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales", lo que genera la necesidad

de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; *La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).

17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar

una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica. 18) Que no obstante mediar en el particular todas las

razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, por las que debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.

En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.

Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto 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”.

Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos: 304:1820; 314:1849) y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 313:1149), se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima.

A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “...(s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación— “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para

el aborto". Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas.

En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer "idiotas o dementes". Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el "atentado al pudor" no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes". Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia). Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo -inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal- la correlativa previsión del Anteproyecto

del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado "profanación". 19) Que luego de haber sentado en los considerandos

precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación.

La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este

Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19

in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

22) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.

24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional significa, en

línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86 del Código Penal)

circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar.

Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación.

En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los

servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.

25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).

26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).

27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración

jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003).

28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia

para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder,

en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

- 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.
- 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.
- 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a

-//-

-//-abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI

- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//- -//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY  
Considerando:

1º) En las presentes actuaciones, el 22 de enero de 2010, A.L.F., en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una “medida auto-satisfactiva” a fin de obtener autorización judicial para que en el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación. Fundó su pretensión en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal, y en tal sentido afirmó que un mes antes había denunciado ante el Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción la violación que había sufrido la menor por parte de su esposo, O. N. (padrastro de la niña), en el mes de noviembre de 2009, siendo el embarazo producto de ese hecho. Explicó que ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal —en el que se constituyó como parte querellante—

se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de “facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación”, ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido (cfr. fs. 17/18 vta.).

2º) El día siguiente de la presentación que inicia este expediente, el juzgado de familia dispuso una serie de medidas procesales, ordenando, entre ellas, dar intervención al “equipo técnico interdisciplinario” a fin de que entreviste a la menor para determinar, entre otros puntos, “las consecuencias y/o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada (aborto terapéutico)”; y librar oficio al Hospital Regional a fin de que “por intermedio del Comité de Bioética evalúe la situación planteada de A[.] G[.] y dictamine sobre lo peticionado” (cfr. fs. 19/20).

Posteriormente, como medida para mejor proveer, se dispuso librar oficio al director del mencionado hospital para que informe al juzgado “si de acuerdo a los Protocolos, el aborto a una menor de edad (15 años), víctima de una violación (art. 86 del Cód. Penal) puede practicarse en condiciones lícitas y en tal caso realicen las evaluaciones interdisciplinarias a través de los Comités Interdisciplinarios, que se prevén para estos casos” (cfr. fs. 28).

Esta última medida debió ser reiterada en dos oportunidades por la jueza actuante; la primera porque el director del nosocomio respondió que “previo al análisis ético-médico de un período de interrupción de embarazo, debe determinarse si la persona presenta alguna de las características excepcionados [sic] por el código penal, ya que dicho encuadre no resulta ser una materia opinable por parte del comité” (cfr. fs. 40), y la segunda, en razón de que el jefe del departamento de tocoginecología de esa institución objetó a lo requerido que “este comité solamente asesora, no dictamina y en cuanto al motivo por el cual se solicita realizar un aborto en la paciente en cuestión, ‘violación’ es un elemento que supongo le consta a la justicia, y como tal el único que podría dictaminar es el juez” (cfr. fs.

80).

3º) Luego de producidas las medidas ordenadas, el 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Entre los argumentos expuestos por los magistrados que concurrieron a formar la mayoría del tribunal (pues una de sus integrantes votó en disidencia) se expresó que este caso pone a los jueces en situación de decidir entre “dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (nasciturus) que no [ha] tenido oportunidad de optar por ser o no ser”, y que enfrentados a ese conflicto “nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como última ratio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio ‘in dubio pro vida’” (cfr. fs. 372).

También se dijo, repitiendo consideraciones expresadas por la jueza de primera instancia, que la discusión entre la interpretación amplia o restrictiva del artículo 86 del Código Penal no define en profundidad la amplitud de la decisión, pues en base a las normas del derecho constitucional que consagran el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano desde la concepción en el seno materno, resulta indiferente la interpretación de aquella norma que se adopte.

4º) Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local. Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió —en lo que aquí interesa— dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

Para así decidir, el a quo inició el tratamiento del caso afirmando que obligar a la actora a obtener un permiso judicial en un supuesto como el de autos resulta una exigencia

adicional, que a la mujer se le presenta como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos autorizados por la ley. Expresó que el propio legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, porque precisamente consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la mujer víctima de una violación.

Sobre el particular, asumió que la aplicación de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma en los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar. Continuó luego el tribunal afirmando que la norma del artículo 86 del Código Penal aplicable al caso no se contrapone al bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, en tanto resulta consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del niño por nacer desde su concepción. Ello es así, se dijo, pues la norma parte de la base de considerar al aborto como una conducta prohibida, aunque con las excepciones consagradas por el artículo en examen, las que, a su vez, comprometen otros derechos fundamentales de rango análogo. De esta manera, la decisión legislativa por la no punibilidad de supuestos como el presente no puede calificarse de irracional ni de arbitraria, en razón de que aparece fundada en una causa grave y excepcional sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional. Pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo el tribunal que además de encontrar en el propio texto de la norma razones que apoyan la que ha sido denominada la “tesis amplia” —pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles—, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mentado artículo con la mayor amplitud posible.

Finalmente, resta destacar que el tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación,

que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar todo margen de dudas, privilegiar el relato circunstanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

5º) Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer.

Como agravio federal, esa parte planteó la vulneración del derecho a la vida del nasciturus garantizado por la Constitución Nacional y por tratados de derecho internacional público.

En lo concerniente a las circunstancias fácticas del caso, explicó que ni para las partes, ni para las tres sentencias que fueron dictadas sucesivamente en las instancias que transitó el proceso, existe duda alguna de que el embarazo que presenta la niña proviene de una violación. Esta aceptación general sobre la cuestión sustancial de los hechos, desde su óptica, coloca a la dilucidación del caso en el campo del puro derecho, centrada en la aplicación e interpretación de la norma del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional y del derecho a la vida de la persona por nacer.

Establecido el marco normativo de referencia, continuó expresando que no entiende que las autorizaciones del artículo mencionado deban juzgarse inconstitucionales en general, ni que se encuentren derogadas por “incompatibilidad sobreviniente” con normas de mayor jerarquía. Afirmó, no obstante, que la interpretación de esos permisos legales ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo “y de enorme dramatismo” los casos subsumibles en ellos.

En tal sentido, entendió que la interpretación lata que de esa norma realiza la sentencia que impugna para declarar su aplicación al caso y autorizar así el aborto, resulta opuesta al derecho a la vida de toda persona conforme a la normativa

constitucional que invoca. Desde ese prisma, afirmó que esa práctica médica tiene como fin interrumpir el embarazo dando así fin a la vida del feto, lo que implica un atentado, intencionado y directo, contra un ser humano cuya existencia y derechos resultan asegurados por el ordenamiento legal “desde su concepción”.

A su vez, postuló una interpretación de la mentada norma permisiva, que calificó de literal, restringiendo la autorización para la interrupción del embarazo sólo en los casos de violación de una mujer “idiota o demente”.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió –con cita de precedentes de esta Corte– que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen. Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) El recurso resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un derecho constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

8º) Tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obsta a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso, llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la defensoría pública provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que, al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal, la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores. Teniendo

ello en cuenta, la Corte decidió en tales antecedentes admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (cfr. Fallos: 324:4061 y 310:819).

De esta manera, una decisión del Tribunal en esta causa, aun bajo esas condiciones de excepción, se convierte en un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base (cfr. Fallos: 333:777, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay).

9º) Los motivos expuestos en el considerando precedente sirven además de sustento para aplicar en el caso la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

10) Ingresando al fondo de la cuestión traída a estudio, debe aclararse preliminarmente que está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el artículo 86, inciso segundo, del Código Penal, en virtud de la regla del artículo 15 de la ley 48 que veda a esta Corte nacional pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común. En función de ese límite, solamente corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales que se invocan en el recurso (cfr. Fallos: 123:323; 129:235; 176:339; y, especialmente, 199:617; entre otros).

11) Como ya se reseñara, el tribunal superior de justicia local decidió autorizar el aborto petitionado por la niña A.G., interpretando que la norma citada abarca como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación. El impugnante, por su parte, afirma que esa exégesis vulnera el derecho a la vida del nasciturus, y que la interpretación de las normas penales que permiten el aborto “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones” (v. fs. 657 vta.), lo que obligaría –en la postulación del recurrente– a limitar la autorización para los supuestos en los que la víctima de violación sea una mujer que padezca

una incapacidad mental (v. considerando 5 de este voto). A su vez, el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación se apoya exclusivamente en que la mujer “idiota o demente” carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación.

12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la norma permisiva. 13) En cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria

a la que fuera previamente definida por el legislador. Analizado en tales términos el planteo expuesto en el remedio federal —que, a su vez, en forma asertiva, ha sido el sustento de las resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia—, debe afirmarse que su formulación es incorrecta, pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esta postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo). Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta.

14) Conforme los principios sobre los que se ha aceptado el control de constitucionalidad requerido, siguiendo la interpretación que del derecho común ha realizado el a quo, la estructura sistemática de la norma permisiva que define la no

punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal).

Como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia.

La excepción a la penalización del aborto que regula el artículo 86.2 del Código Penal (conforme ha sido interpretado por el tribunal a quo) cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto ut supra, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación; exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal.

Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo —esto es, el hecho antijurídico precedente—, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer. También mediante el sistema organizado a través de esa indicación, puede dilucidarse concretamente el

juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, a saber: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena).

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada.

En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligando -como ha ocurrido en este caso- a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en

razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde

-//-

-//-declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada. Notifíquese.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//- -//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 4° del voto de la jueza Argibay.

5º) Que, contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal a favor de la persona por nacer el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces. Como agravio federal sostuvo la vulneración del derecho a la vida del nasciturus, el que, dijo, se hallaba garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derecho internacional público. Consideró que la cuestión no se centraba en la constitucionalidad de las diversas autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal, las que admitió, sino en la interpretación amplia que se había efectuado de su segundo inciso. Al respecto, sostuvo que era de toda evidencia que su interpretación debía hacerse de manera restrictiva, de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió -con cita de precedentes de esta Corte- que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen. Por tales fundamentos,

resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) Que, tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstaría a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la Defensoría Pública Provincial obrante a fs. 648). En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquellas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores. Teniendo ello en cuenta la Corte decidió, en tales antecedentes, admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (Fallos: 310:819 y 324:4061).

8º) Que el recurrente no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no tengan deficiencias psíquicas. Pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. En tal sentido, no demuestra -ni se advierte- que en las disposiciones de rango constitucional citadas se reconozcan categorías —o, mejor dicho, preferencias— como las por él postuladas.

9º) Que, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sostiene pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación (ver análogos argumentos en Fallos: 324:5, considerando 11, disidencia

del juez Petracchi). Al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

10) Que, analizado en tales términos, el planteo efectuado en el remedio federal vuelve a exhibir su incorrecta formulación pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esa postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración al derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

11) Que, esa preferencia por un distinto esquema de valores, de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada por el a quo del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar —y a ello la obligaba su propia construcción argumental— un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de

los intereses en juego que había realizado —invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador— resultaba incorrecta.

12) Que, sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 324:5 y sus citas, disidencia del juez Petracchi). En consecuencia, habrá de declararse su inadmisibilidad. Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara inadmisibile el recurso extraordinario. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por Alfredo M. Pérez Galimberti, Asesor General Subrogante, Defensoría General de la Provincia del Chubut, en su carácter de Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces.

Traslado contestado por A.L.F., en representación de su hija menor A.G., con el patrocinio de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de la Provincia del Chubut.

Tribunal que intervino con anterioridad: Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala B.

#### **NUESTRAS NOTAS RELACIONADAS:**

[La Constitución disparó su FAL](#)

[La Punición del Aborto en el País del Avestruz](#)

[La Persona en la Constitución Argentina](#)

[Igualdad, igualdad, igualdad](#)

[El nefasto caso Insaurrealde](#)

[Persona y Constitución \(video\)](#)

[Baby Boy](#)