

http://www.jusrionegro.gov.ar/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=26031&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=11&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2011&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=aborto+no+punible%0D%0A&cbo_organismo=-1

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24619/10 STJ

SENTENCIA Nº: 43

PROCESADO:

DELITO:

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (INC. SOLICITUD
INTERRUPCIÓN EMBARAZO)

VOCES:

FECHA: 11/05/11

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN
ABSTENCIÓN

///MA, de mayo de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Luis Lutz, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “N., R.F. s/Abuso sexual s/ Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/ Apelaciones s/Casación” (Expte.Nº 24619/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo: - - - - -1.-

Antecedentes procesales: - - - - -1.1.- Mediante Auto Interlocutorio N° 103, del 14 de abril de 2010, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche decidió -en lo pertinente- declarar la nulidad de la resolución impugnada, obrante a fs. 81/100 de estos actuados, por violación de garantías constitucionales (arts. 18 C.Nac., 22 C.Prov. y 149 y 153 C.P.P.) y notificar lo dispuesto a la señora Ministra de Salud de Río Negro y a la señora Directora del Hospital Zonal de aquella localidad. - - - - -

1.2.- Contra lo decidido, el señor Defensor de Menores e Incapaces de la IIIª Circunscripción Judicial doctor Manuel Cafferata, en ejercicio de la representación

///2.- promiscua de la niña T.N., solicitante de la interrupción de embarazo, interpone recurso de casación (fs. 1/6) y se agravia pues la Cámara en lo Criminal decreta la nulidad de la sentencia del Juez de Instrucción, pese a reconocer que el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Paula Bisogni (en representación promiscua del nasciturus -ver fs. 105-) había devenido abstracto. Sostiene que tal obstáculo no puede ser sorteado por el eventual incumplimiento de normas constitucionales, puesto que la nulidad solo puede declararse cuando ello tiene relevancia jurídica. Cita como precedente la Sentencia 48/09 STJRNSO, y alega que la decisión de la Cámara en lo Criminal ocasiona un grave perjuicio a su asistida, que sigue sufriendo las consecuencias de la judicialización y la publicidad de su caso, cuando las cuestiones contempladas por el art. 86 del Código Penal no necesitan ser sometidas a decisión jurisdiccional. -

- - - - - Asimismo, afirma que se incurre en un exceso pues la sentencia se pronuncia sobre la inaplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º del código de fondo, y de los elementos de prueba que permitan tener por demostradas las circunstancias previstas en su inc. 1º, lo que conlleva una atribución indirecta de responsabilidad delictual a su pupila, lo que no integraba la materia de juzgamiento en el caso. - - - - -

Reseña luego el perjuicio que sufre la menor ante la publicidad excesiva de lo ocurrido y advierte sobre algunas consideraciones del voto ponente en cuanto a que no se aplicó el derecho positivo vigente en relación con los

///3.- abortos no punibles y acerca de la inexistencia de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada. Más grave aun le parece lo sostenido por el segundo de los votantes, quien funda su decisión en la necesidad de “evitar que en el futuro se produzcan situaciones semejantes... permitir que se instale la opinión del A-quo sería ni más ni menos que legalizar encubiertamente el aborto”, lo que no se ajusta a las circunstancias de la causa. Por todo lo expuesto, solicita que se deje sin efecto la decisión impugnada.- - - - -1.3.- El

recurso es declarado admisible por el a quo y por este Tribunal, por lo que se dispone que el expediente quede por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa, el que queda limitado al recurso presentado por el doctor Cafferata con respecto a la menor T.N., en tanto la doctora Bisogni, representante del nasciturus, no comparece a contestar agravios ni se habilita a este Cuerpo a conocer en esta instancia de legalidad; ello dado lo manifestado por la señora Defensora General, según la cual el único interés jurídico que debe protegerse es el de la madre menor de edad víctima del delito, tal como se referirá infra.- - - - -1.4.- A fs. 49/87 se agrega el dictamen de la señora Defensora General, quien advierte que los límites de su intervención están dados por la representación del interés de T.N. -pupila del recurrente-, con cuyo recurso coincide.-

----- En tal sentido, aduce que la sentencia cuestionada no se ajusta al derecho vigente, además de que incurre en un supuesto de gravedad institucional. Refiere que el Estado

///4.- Constitucional de Derecho impone una serie de derechos que emergen directamente y de modo operativo de la Constitución, y cita el marco normativo constitucional, convencional y legal. Señala además diversas recomendaciones de comités de derechos humanos y del niño respecto de las legislaciones restrictivas sobre

general -entre ellas, el aborto no punible -, y agrega que considerar que la norma habilita la práctica del aborto solo en los casos de violación de una mujer idiota o demente es discriminatorio y prejuicioso.----- Asimismo, cita jurisprudencia en el sentido de que, para solicitar una autorización judicial para interrumpir el embarazo, no es admisible esperar la conclusión de la causa penal seguida contra el imputado. En el sub exámine, continúa, la existencia de la violación fue seriamente invocada y contaba con respaldo en las constancias de la causa, que también dan cuenta del grave riesgo para la salud de la menor (art. 86 segundo párrafo inc. 1º C.P.).----- Alega también la absurda valoración de la prueba y señala que en el caso se verifica un supuesto de gravedad

///6.- institucional, pues las cuestiones que se debaten son de notorio interés público, exceden el mero interés de las partes e inciden de manera directa en la comunidad. Asimismo, pues el Estado podría verse comprometido en su responsabilidad ante organismos internacionales; ello

-además- por las notificaciones cursadas a los organismos responsables de la salud pública en torno a los alcances de la resolución, que tiene efectos precautorios para la regulación y práctica de los abortos no punible s.----- Por último, hace referencia a la indebida publicidad dada al caso, para lo que considera necesario que se adopten medidas de protección.-----

-----1.5.- A fs. 128/153 se agrega la contestación del recurso de casación del señor Fiscal General, en el que sostiene -al igual que la señora Defensora General- que la Cámara en lo Criminal se excedió en sus funciones atento a que había dejado de subsistir el interés respecto del cual se solicitaba la aplicación del derecho, por lo que propicia la revocación de la sentencia, con cita de jurisprudencia que abona su postura.-----

----- Luego expone las diversas tesis en cuanto a los abortos no punible s y adhiere a la tesis amplia respecto de los incs. 1º y 2º del art. 86 del Código Penal. Refiere el Dictamen N° 94/09 de la Procuración General y la doctrina legal, y alega que el

informe del Hospital de El Bolsón da cuenta de los padecimientos psíquicos de la menor como consecuencia de los abusos reiterados sufridos, todo ello con cita de doctrina.- - - - -

----- Considera que en autos se han acreditado el peligro en ///7.- la salud y la vida de la madre, el consentimiento de sus representantes y la práctica del aborto por un médico diplomado, luego de lo cual se manifiesta en cuanto a la innecesariedad de la autorización judicial, con nueva cita de doctrina legal. En este sentido, argumenta que en caso de que la cuestión no fuera declarada abstracta por el Superior Tribunal, cabría objetar ambos fallos, puesto que no compete a los jueces la autorización para llevar a cabo el aborto, y acompaña la pretensión recursiva de la Defensoría.- - - - -1.6.- También se presenta como amicus curiae el doctor Jorge Rafael Scala, en representación de “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro”. En los hechos del caso, sostiene que es dirimente la ausencia de pruebas acerca de la violación y afirma que no se posibilitó la representación efectiva de los intereses del nasciturus. Agrega que el Juez ordenó la interrupción del embarazo pese a haber concedido el recurso con efecto suspensivo y que el recurso de casación tiene por finalidad “la legalización encubierta del aborto”. Asimismo, niega que se trate de una cuestión abstracta, realiza un análisis del art. 86 inc. 2 del Código Penal y se opone al aborto sentimental. En tal orden de ideas, esgrime la inviolabilidad de la vida del nasciturus en los derechos humanos, conforme con lo cual la excusa absolutoria de la norma mencionada ha quedado derogada.- - - - -

- - - - -1.7.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito sin la presencia de las partes, en una cuestión en la que, por la estructura legal del Ministerio Público Fiscal y la postura de la señora Defensora General,

///8.- solo tienen representación los intereses de la menor cuyo embarazo se solicitaba interrumpir, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -3.-

Fundamentos del auto interlocutorio recurrido:- - - - - La Cámara en lo Criminal sostiene que el magistrado que autoriza la

interrupción del embarazo de T.N. –quien declara que la situación de esta encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86 inc. 2 C.P.- incurre en una violación sistemática de los derechos de la persona en gestación, acordándole a su Defensora una participación meramente ficticia. Enumera la serie de planteos desarrollados que no merecieron tratamiento: i) incompetencia; ii) designación de un tutor especial, de acuerdo con el art. 397 del Código Civil, y iii) proposición de un cuestionario para que informe el psicólogo forense.- - ----- Asimismo, destaca la advertencia del propio representante de la menor que solicitaba la interrupción de su embarazo en el sentido de que muchas de las afirmaciones realizadas, también las consecuencias psíquicas, no tenían fundamentación científica, no obstante lo cual el Juez resuelve autorizar la mencionada interrupción.- - - - - ----- En cuanto a la ausencia de defensa efectiva de los intereses de la persona por nacer, hace una reseña de las actuaciones y entiende que, según ellas, a su representante no se le dio la intervención adecuada. Agrega que en el sub exámine era necesario un tutor especial para el niño por nacer, toda vez que había intereses contrapuestos con su progenitora (arts. 57 y 59 C.C.).- - - - - ----- - - - - ----- A lo anterior suma que el recurso de apelación fue //9.- concedido con efecto suspensivo por el magistrado que dispone la interrupción, por lo que así debió instruir a las autoridades sanitarias para que paralizaran o detuvieran las maniobras quirúrgicas, y que, dada la fecha en que se efectiviza la intervención, tal concesión era un mero formulismo.- - - - - ----- - - - - - ----- Sostiene que el recurso sometido a análisis es abstracto, pues la interrupción del embarazo ya se produjo, por lo que -en principio- carecería de sentido resolver las cuestiones invocadas, pero que la nulidad puede ser declarada en razón de la violación de garantías constitucionales. Niega una situación de urgencia para la resolución del magistrado a quo, porque de ser así este podría haber actuado según el art. 43 de la Constitución de la provincia. Asimismo, en cuanto a la ley sustantiva, por la trascendencia pública de lo sucedido entiende

que la intervención quirúrgica abortiva es necesaria luego de cometido el hecho, sin que sea al Juez al que le corresponda decidir. Argumenta que el derecho positivo argentino permite el aborto terapéutico -art. 86 inc. 1º C.P.- y también el supuesto previsto en el inciso siguiente, que es el que da fundamento a la decisión recurrida, esto es, la mujer víctima de una violación que fuera idiota o demente, la que deberá contar con la autorización del representante legal. En este sentido, entiende que no hay prueba alguna de que la menor, supuesta víctima de abuso, sea idiota o demente, y que el Juez autorizante admitió lo que fue llamado un “aborto sentimental”, que requería solo la comprobación del hecho delictivo en conformidad con las pautas del art. 119

///10.- del código sustantivo, sin que la víctima tuviera las afecciones señaladas. El juzgador cita doctrina para dar sustento a su criterio y agrega que el Juez de Instrucción tampoco se pronuncia respecto de la probabilidad de la violación.- - - - -

- - - - - Finalmente, sintetiza que quien dispone la interrupción del embarazo: i) es incompetente para hacerlo por razón de la materia, en tanto es atribución de los Jueces de Familia; ii) continúa con el trámite pese a no haber razones de urgencia que justificaran su abocamiento, a tenor del art. 43 de la Constitución Provincial; iii) acuerda a las partes una participación meramente ficticia; iv) concede el recurso de apelación con efecto suspensivo cuando ya estaba decidido y ejecutado el aborto, y v) violenta garantías constitucionales, especialmente los arts. 18 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial.- - - - -

- - - - - Por todo ello, el vocal ponente propone al acuerdo la nulidad de la resolución que autoriza la interrupción del embarazo por violación, con efectos precautorios para la regulación y práctica de los abortos no punibles, lo que notifica a la señora Ministra de Salud y a la señora Directora del Hospital Zonal de Bariloche.- - - - - El segundo de los magistrados adhiere y agrega que, pese a que la cuestión se ha tornado abstracta, resulta imprescindible pronunciarse para evitar que en el futuro se produzcan situaciones semejantes. Insiste en la

interpretación del primero de los magistrados en cuanto a que el embarazo debe ser producto de la violación de mujer

///11.- idiota o demente, puesto que de tal modo solo debe acreditarse el acceso carnal al margen de quien fue su autor u otro tipo de cuestiones, ya que aquella no puede consentir el acto, además de que -de lo contrario- carece de sentido el agregado de la ley.- - - - -

-----4.- Doctrina legal del caso. La ausencia de interés de la Cámara en lo Criminal por circunstancias sobrevinientes al recurso. La nulidad en el solo beneficio de la ley:- - - ----- Es evidente que las temáticas involucradas en las posturas de las partes -e incluso en las discordancias que manifiestan en sus votos el magistrado que entiende inicialmente en la solicitud de autorización y los que lo hacen en grado de apelación- exceden con mucho los intereses particulares de aquellas, pues es un principio general que no pueden adoptarse decisiones de nulidad cuando de modo previo se reconoce que la cuestión sometida a la jurisdicción se ha tornado abstracta.- - - - -

- - - - - ----- En este orden de ideas, mutatis mutandis, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "... [S]i bien la acción deducida a fs. 33/45, constituyó una vía idónea para suscitar la intervención del Tribunal, cabe recordar que esta Corte, reiteradamente, ha señalado que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros), a la vez que ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la de poder juzgar (Fallos: 315:466) y que, entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias

///12.- sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 313:1081)...” (Se. del 16/03/10, S. 841. XXXVII, ORIGINARIO). En el considerando 7º del mismo precedente agrega que en “estas condiciones, es evidente que no subsiste en el sub examine una disputa actual y concreta entre las partes que configure un caso susceptible de ser sometido a los jueces, ya que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una

situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una controversia (Fallos: 308: 1087 y 311:787)” .- - - - -

Más específicamente, mediante decisión del 8 de marzo de 2005 (autos “P.E.V.”), la Corte Suprema estableció: “no corresponde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncie acerca del recurso extraordinario interpuesto respecto de la sentencia que concedió la autorización solicitada para inducir el parto o eventualmente practicar una cesárea a quien se hallaba en estado de gravidez de un feto anencefálico, toda vez que el parto tuvo lugar en forma espontánea y el feto nació muerto, pues circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente al no mediar un interés concreto y actual que la justifique”.----- La minoría -voto del doctor Boggiano- había sentado: “Es improcedente la autorización para proceder a la inducción al parto de un feto inviable por anencefálico, pues no importa beneficio alguno para el ser en gestación cuyo derecho a la vida se encuentra amparado por la Constitución Nacional, diversos tratados internacionales y la ley civil, sino tan sólo anticipar su muerte”.- - - - - Por lo tanto, interrumpido el embarazo, no quedan en

///13.- el caso intereses subsistentes para que se expida la jurisdicción, lo que coincide con la postura de la señora Defensora General -titular del Ministerio Público de la Defensa- quien, tanto en su escrito glosado en el expediente -reseñado supra- como en su Dictamen 45/10/DG, sostiene que para su ministerio los únicos intereses que se deben representar son los de la menor cuyo embarazo fue interrumpido y no los de la persona por nacer una vez consumada dicha intervención.- - - - - En

tales condiciones, la Cámara en lo Criminal debió negar la legitimación a la recurrente para activar su jurisdicción.- - - - -

----- Es demostrativo de lo anterior que, sobrevenida la interrupción del embarazo, carecería de efecto práctico dejar sin efecto lo actuado por el magistrado que entiende primero en la solicitud, declarando determinado derecho procesal y sustancial opuesto a su postura, cuando aquel no tendría

posibilidad alguna de reconducir el trámite en los términos expuestos, y la vía incidental no podía ser continuada luego del reenvío que supone una declaración de nulidad.- - - - -

- - - - - De tal modo, resulta aplicable al caso lo sostenido por este Cuerpo en la Sentencia 48/09 del registro de la Secretaría N° 4, en tanto “cualquier pronunciamiento al respecto tendría carácter simplemente abstracto, carente de todo interés y finalidad práctica” (los votantes primero y segundo en este punto pues se efectivizó la interrupción solicitada).- - - - -

- - - - - Ahora bien, lo anterior es suficiente para nulificar ///14.- el auto interlocutorio recurrido pues no procede la declaración de nulidad en el solo beneficio de la ley, sino que debe remediar el perjuicio sufrido, el que es negado con la declaración acerca de que la cuestión resulta abstracta. Así, para una ponderación de los efectos de la sentencia, cabe destacar que también la Corte Suprema (Fallos 331:2249) ha sostenido que las nulidades no deben alcanzar a actuaciones válidas anteriores.- - - - -

- - - - -5.- Intervención del Superior Tribunal de Justicia. Doctrina legal que rige el caso:- - - - -
La advertencia del carácter abstracto del planteo de la Defensora respecto de los intereses del nasciturus no es contradictorio con la postura de este Cuerpo de anular lo decidido por la Cámara -en tanto podría interpretarse que aquella también alcanzaba al recurso en tratamiento-, toda vez que -a diferencia del caso resuelto mediante Se. 48/09 STJNRSO- en este se advierten posturas divergentes de las diversas instancias judiciales involucradas, con instrucciones también opuestas a los organismos de salud pública que habían concurrido a los tribunales solicitando certeza para la temática involucrada. Por lo tanto, la intervención del Superior Tribunal es para lograr una doctrina legal, siendo esta una exigencia constitucional para los Estado parte que han suscripto los convenios internacionales sobre derechos humanos y hace a lo esencial de la función casatoria (art. 207 inc. 3° C.Prov.).- - - - -

--6.- El derecho sustantivo. Interpretación del art. 86 inc. 2 del

Código Penal. La Se. 48/09 STJRNSO. Control de convencionalidad:- - - - -

///15.-- Así, encuentro en el caso para el Superior Tribunal el interés en desarrollar o exponer su doctrina legal uniformadora - función de nomofilaquia- en temáticas donde aparecen involucradas y puestas en confrontación garantías constitucionales referidas a diversos bienes jurídicos del Código Penal: el de la vida o salud de las personas, el de la libertad, etc.- - - - -

- - - - - Entonces, en una interpretación de derecho sustantivo, comienzo por la opinión que vertí en la Se. 48/09 citada supra, en el sentido de que “... si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible ...”, con lo que la figura del inc. 2º del art. 86 del Código Penal hace extensiva la impunidad al denominado “aborto sentimental” o “ético”, sin distinción en que la violación cometida sea sobre mujer sana o sobre idiota o demente. En la decisión que se revisa, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche afirma lo opuesto -esto es, que la interrupción no punible del embarazo es sólo si la mujer es idiota o demente-.- - - - -

Conozco las diferencias interpretativas en este punto, tanto las doctrinarias como las jurisprudenciales, cada una de ellas con una diferente metodología y argumentación para arribar a su conclusión. Para dar cuenta de ellas es suficiente remitirse a Larrandat en su comentario a los arts. 85/88 en la obra Código Penal. Parte Especial, con la dirección de Baigún y Zaffaroni, págs. 691 y ss., lo que también explica la postura de la Cámara en lo Criminal en cuanto a su interpretación del derecho sustantivo.

Destaco

///16.- aquí que en ninguna de las etapas del proceso se planteó la inconstitucionalidad de las normas aplicadas, lo que, de acuerdo con el art. 196 de la Constitución Provincial, bien podría haberse decidido de oficio.- - - - - En cuanto a ello, tal como advierte la señora Defensora General en su escrito (ver fs. 55/579, al que remito en este punto, son el Estado Constitucional de Derecho y las

recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales de derechos humanos los que hacen necesario adoptar una interpretación amplia en cuanto a los casos de embarazo como resultado de una violación, cuya interrupción se autoriza.----- Ocorre que la “[1]a doctrina del «control de convencionalidad» es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un jus commune en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250), o Convención americana sobre derechos humanos (tal es su título oficial). Importa, igualmente, uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.-----

----- “ Recordemos sus puntos fundamentales:-----

--- “\a) El control de convencionalidad cuenta con dos niveles de operadores. El tradicional, a cargo de la propia Corte Interamericana, estaba en funciones desde lustros

///17.- atrás.----- “\b) El más nuevo fue creado a partir de 2006 por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se encuentra desarrollado -hasta ahora- por tres pronunciamientos decisivos, acompañado por otros que lo consolidan. En anterior oportunidad nos hemos referido a las bases primarias, sus fundamentos y despliegues, trabajo al que nos remitimos. [Esos tres casos son «Almonacid Arellano», del 26/09/06, que describe los rasgos esenciales del instituto; «Trabajadores Cesados del Congreso», del 24/11/06, que proyecta el control de convencionalidad «de oficio», y determina normas sobre competencia y procedimiento para verificarlo, y «Radilla Pacheco», del 23/11/09, que describe el rol que llamamos «constructivo» del control de convencionalidad] ...-----

----- “\En esta última versión, que es en la que aquí especialmente nos detenemos, el control de convencionalidad

desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación «armonizante» o «adaptativa» del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas

///18.- al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.- - - - - “\c) Los jueces locales tienen que actuar, en aquellas dos funciones, tanto a pedido de parte como de oficio.- - - - - “\d) Las normas internas que se oponen al Pacto y a su exégesis por la Corte Interamericana, resultan inconventionales, y al decir de dicho Tribunal, carecen desde su inicio de efectos jurídicos\’ (Néstor Sagüés, \’Dificultades operativas del «Control de convencionalidad» en el sistema interamericano\’, LL del 11/08/10, pág. 1)” (Se. 146/10 STJRNSP, opinión personal del Dr. Soderó Nievas).- - - - -
- - - - - La interpretación amplia es más adecuada a las recomendaciones de los diversos comités de derechos humanos en cuanto a la modificación de la legislación nacional o a considerar incluida en su texto la autorización del aborto en todos los casos de violación; de lo contrario, en el art. 86 inc. 2º del Código Penal solo quedaría consagrado el aborto eugenésico, que es lo opuesto a dichas recomendaciones (ver CSJN, C. 1757.XL., “CASAL”, en cuanto al art. 456 C.P.P.N., en relación con el cumplimiento de los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP).- - - - - En este orden de ideas, me limito a destacar el Cuarto Informe Periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos, del 22/03/10, publicado en La Ley Online AR/JUR/35651/2010, cuyo considerando 13 “... expresa su preocupación por la legislación

restrictiva del aborto contenido en el artículo 86 del Código Penal, así como su inconsistente interpretación por parte de los tribunales de

///19.- las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”.- - - - -

-- no podría sostenerse que la postura que propugno resulta violatoria del art. 4º 1 del Pacto de San José de Costa Rica, tal lo que surge de la Resolución N° 23/81 de la CIDH en el caso 2141, Estados Unidos de América, cuando resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachussets no constituían violación de los arts. I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

-en tal caso la Corte del Estado de Massachussets había absuelto al Jefe de Médicos residentes del Boston City Hospital por el aborto por histerectomía en una soltera de 17 años de edad, habiendo ella y su madre solicitado el aborto y consentido la operación-. La decisión contrasta el texto preliminar sometido al Comité Jurídico (novena Conferencia Internacional Americana -Actas y Documentos-, vol. V., pág. 4499) con el texto resultante de las observaciones ante la sexta comisión, y el concepto absoluto del derecho a la vida desde la concepción se transforma por otro relativo al que se le agrega “en general” (informe de la Dra. Graciela I. Dufau, del 11/11/02, “El Pacto de San

///20.- José de Costa Rica y el aborto”, para el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la mujer).- - - - - “El art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) en cuanto dispone que el derecho a la vida estará protegido, en

general, a partir del momento de la concepción, tiene como objetivo permitir la ratificación de varios Estados que habían despenalizado distintos supuestos de aborto” (voto de la Dra. Kogan en SCJBA, “R., L.M.”, del 31/07/06, en LLBA, 2006:895).- - - - -

El carácter relativo de la protección encuentra sustento en la postura que sostiene que no hay una jerarquización a priori de las garantías convencionales y constitucionales, sino que todas se encuentran en similar rango y deben ser sometidas a particular ponderación según el caso.- - - - -

Así, los “... derechos y garantías de los menores (basados en el interés superior del niño) y de las víctimas (en sentido amplio) tienen sustento constitucional (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 C. Nac.) y de convencionalidad (CDN; arts. 8.1 y 25 CADH; 14.1 PIDCyP) y no pueden ser interpretados de modo excluyente, tal que uno implique la negación del otro, lo que obliga a realizar una tarea de ponderación y armonización, para –en la medida de lo posible– preservarlos a ambos o decidir sobre la aplicación del que corresponda en el caso concreto” (Se. 146/10 STJRNSP, opinión personal del Dr. Sodero Nievas).- - - - - Esto no implica desconocer la privilegiada protección que sobre el derecho a la vida y la salud viene consagrando

///21.- la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 331:2135).- - - - - Andrés Gil

Domínguez (“Reflexiones sobre el aborto voluntario: un nuevo aporte a un debate necesario”, en LL del 18/10/06), de modo concordante, dice que “los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen a priori idéntica jerarquía y las colisiones que se susciten se resuelven mediante el mecanismo de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad”.- - - - - El mismo autor, en “aborto voluntario y Estado constitucional de derecho” (LL del 30/06/06), señala un razonamiento lógico que comparto para establecer una proporcionalidad en el caso.

Sostiene: “... La problemática del aborto voluntario nos enfrenta a una colisión de derechos concreta (el derecho a la vida de la vida humana en formación-derecho a la intimidad de la mujer) de donde

emergen las siguientes hipótesis (y las respectivas sub hipótesis):
*El derecho fundamental y humano de la mujer prevalece en cualquier momento del embarazo (hipótesis A), o bien prevalece únicamente en los primeros tres meses del embarazo (subhipótesis A1)... IV1. Tanto en la hipótesis A como en la subhipótesis A 1, la relación de preferencia condicionada está basada en un hecho objetivo que desde tiempos inmemoriales el derecho, la sociología, la antropología, el psicoanálisis y la religión adoptan como elemento determinante de un trato y protección diferenciadas: el nacimiento. En la subhipótesis planteada, la limitación temporal se funda en un mayor respeto al proceso de continuidad ontológico que comienza con la

///22.- concepción, sobre la base de que en dicho lapso, se está en presencia del menor grado de desarrollo posible” (el subrayado me pertenece).- - - - - Por lo tanto, el derecho de la mujer que solicita la interrupción del embarazo producto de la violación atento a su derecho a la intimidad y a la salud sexual y procreación responsable, donde sexualidad no es sinónimo de reproducción (ver Ley Nacional de salud sexual y procreación responsable, N° 25763, modificada por Ley 26130 y Decreto 1282/03), prevalece en esta ponderación proporcionada con el derecho a la vida de la persona por nacer.- - - - -

A la remisión genérica del escrito de la señora Defensora respecto de las normativa que funda la decisión sumo el art. 31 de la Constitución Provincial, que protege a la familia, establecida y proyectada a través del afecto, y el art. 59 de la misma Carta, que consagra a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana, en tanto los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual.- - -

---- En este sentido, me pregunto si esa persona por nacer tiene estos derechos o es solo para los que nacen muertos, porque si nace vivo tiene que tener una familia, o si podría cumplir la función de padre quien es denunciado como el violador.- - - - -

- - - - - Destaco que, si bien en el precedente citado supra (Se. 48/09 STJRNSO) el análisis ponderaba un supuesto de

aborto terapéutico (art. 86 inc. 1º C.P.), mi postura expresada mediante un obiter dictum conformaba mi interpretación acerca del aborto sentimental en torno al

///23.- inc. 2º.- - - - - Digo que la protección es para todo supuesto de violación, aun con una prolongación extensa en el tiempo -como en el sub exámine-, para toda mujer, sin la absurda restricción de que deba ser idiota o demente, en la medida en que se actúe contra su libertad sexual, es decir, sin la posibilidad de consentir.- - - - - Es obvio que -en principio- la mujer idiota o demente no tiene la capacidad de prestar un consentimiento válido.- - - - - La ley siempre contempla un acto libre, en el que juega un rol determinante el consentimiento. no se puede concebir por la fuerza y el acto consumado contra la voluntad de la víctima no es válido. Esta es la argumentación más fuerte para romper cualquier tensión, al menos en este caso.- - - - - Aun cuando hubiese leyes que prohibieran o restringieran en sus alcances la interrupción del embarazo proveniente de una violación, estas serían injustas y contrarias al bloque de constitucionalidad, por ser opuestas a la dignidad humana y a los derechos que resultan de esa dignidad. La interpretación estricta debe ajustarse a la regla de extensión de los derechos humanos.- - - - - La persona se autodetermina o autocausa; se autodetermina a obrar y elige entre posibilidades fundadas. El orden de las cosas hace que una acción continúe de otras una vez iniciadas, pero para iniciarla es necesario el asentimiento del hombre y aquí reside su poder (Cicerón, De Fato, págs. 18/19).- - - - -

Aclaro que ninguna parte interesada esgrimió aquí un

///24.- planteo de inconstitucionalidad.- - - - - En síntesis: nadie puede concebir válidamente sin consentimiento de la otra parte y el hijo por nacer tiene derecho a tener una familia, a conformarla, a tener un padre, que no podría ser uno que actuara por la fuerza.- - - - -7.- Antecedentes procesales del incidente:- -

- - - - - El incidente de solicitud de interrupción del embarazo

de T.N. fue iniciado el 26 de marzo de 2010 ante una consulta acerca de la posibilidad de acceder al pedido respectivo. En él actúan el aquí recurrente, en representación de la menor, el Agente Fiscal y la Defensora de Menores e Incapaces que por turno correspondía en representación del nasciturus (ver fs. 46).- - - - -

- - - - - Cabe recordar que la interrupción del embarazo de bajo riesgo puede practicarse hasta las doce semanas de gestación y que, entonces, cada día que pasara desde la solicitud aumentaría el riesgo (ver fs. 34).- - - - -

- - - - - Asimismo, el 29 de marzo la directora del Hospital de Área El Bolsón respondió a un oficio urgente del señor Juez de Instrucción en el que sostuvo: “La salud psíquica de T. se encuentra seriamente comprometida, dada la condición de abuso crónico, coerción y ejercicio de poder sobre su persona al que fue sometida durante vario años, hechos reflejados en los informes psicológicos y sociales realizados por el equipo profesional tratante y por profesionales del Ministerio de Familia. Todo esto agravado por la situación de que es el padre quien la embarazó, según informes... Considero que existen datos suficientes en los informes psicológicos de que hay un real riesgo para la

///25.- salud psíquica de la paciente... Según los informes mencionados se desprende que existe potencial riesgo para su vida ya que hay signos de retraimiento y auto agresión, además del miedo de la madre del suicidio en relación a la continuidad del embarazo... Actualmente cursa 11.3 semanas de gestación y de realizarse la práctica mencionada en su oficio sería deseable que la misma se hiciera antes de las 12 semanas según recomendación de la Guía de Atención del aborto no punible del Ministerio de Salud de la Nación... El riesgo psíquico de su no realización (por la práctica quirúrgica solicitada) sería mayor que el de la continuidad del embarazo según se desprende de los informes psicológicos” (fs. 37/38).- - - - -

- - - - - El día 30 de marzo el magistrado tuvo una audiencia con la menor y su madre, en donde aquella fue informada acerca de las características de la intervención quirúrgica que había solicitado y sus alternativas, y en

la que reiteró su voluntad de interrumpir el embarazo, dando razones de ello.----- A fs. 48 y sgtes. se glosa el dictamen del psicólogo forense -del 31 de marzo- de acuerdo con el cual la menor presenta un síndrome de acomodación al abuso sexual, en la última de sus cinco etapas. También desarrolla los efectos psicológicos de los embarazos no deseados (no aceptados): “se generan sentimientos demasiado dolorosos y hasta intolerables, que a menudo se acompañan con ideas de finiquitad”.----- El mismo día la Defensora de Menores e Incapaces, en representación del nasciturus, contestó la vista y planteó ///26.- la incompetencia material del magistrado, la necesidad de designar un tutor especial para la menor y de contar con un certificado de nacimiento para acreditar el vínculo con los imputados, así como un informe social o antropológico para “comprender y valorar adecuadamente las conductas, sentimientos de las partes involucradas, evaluar posibles alternativas menos dañosas idóneas y en definitiva resolver adecuadamente la situación planteada. Solicita la aplicación de la Ley Provincial 3099, requiriendo opinión consultiva al Comité de Bioética”.----- El día 5 de abril amplió su vista anterior y solicitó que el psicólogo forense se expidiera acerca de la existencia de un grave riesgo físico y/o psicológico en la mujer embarazada y, de haberlo, su causa, y también sobre la relación entre el síndrome de acomodación y el daño psicológico. Preguntaba además por las consecuencias de la interrupción solicitada y las posibles medidas alternativas. ----- El mismo día el señor Agente Fiscal se expidió acerca de la garantía del juez imparcial, de la necesidad de que el juez se apartara en caso de emitir opinión y de su falta de competencia. Adujo que, en caso de ser negativa la investigación respecto de los sospechosos, el perjuicio sería irreparable y opinó que el magistrado debía inhibirse y pasar las actuaciones a conocimiento de la señora Juez de Familia.----- En la misma fecha se recibió la contestación de la vista del Defensor de

Menores e Incapaces en representación de T.N., que en síntesis sostuvo que: i) de las constancias del incidente se desprendía que la solicitante había

///27.- padecido una situación de abuso reiterado desde su infancia; ii) la menor expresó con claridad su voluntad de no seguir adelante con el embarazo y rechazó la alternativa de continuar con este y dar el niño en adopción; iii) los informes dieron cuenta del estado psicológico de T.N. y de los riesgos que para su integridad psicofísica implicaba la continuación del embarazo; iv) el escrito inicial no era una petición de interrupción, sino una consulta acerca del pedido al hospital público, a cuyo respecto afirmó que no era necesaria tal petición, con cita de doctrina legal, y v) resultaba aplicable al caso el inc. 2 del art. 86 del Código Penal, puesto que el hijo que esperaba su asistida era producto de una violación, postura esa asumida por el Superior Tribunal de Justicia, con mención de la opinión personal del doctor Alberto Ítalo Balladini en el fallo 48/09 STJRNSP citado supra.-----

--- Con tales antecedentes procesales, el mismo 5 de abril el magistrado puso los autos a despacho para resolver y dictó el Auto Interlocutorio N° 63/10, en el que -en lo pertinente- puso en conocimiento de la señor Ministra de Salud la innecesariedad de pedir autorización judicial para los casos contemplados en el art. 86 segundo párrafo incs. 1° y 2° del Código Penal y autorizó la interrupción del embarazo, declarando que la situación encuadraba en el supuesto de aborto no punible del art. 86 inc. 2°.- - - - -

8.- Requisitos para la no-punibilidad. Mérito del incidente reseñado:- - - - - Los requisitos de la causa de justificación específica para el aborto son: 1) la calidad del sujeto activo –debe

///28.- ser un médico diplomado-; 2) el consentimiento de la mujer embarazada -si no está psíquicamente incapacitada- o su representante legal; 3) la existencia de una violación, y 4) el hecho de que el embarazo sea consecuencia de la violación.- - - - -

----- En lo que hace a la razón suficiente de la prueba para establecer tales extremos, es necesario hacer una

referencia acerca de las condiciones de validez de la decisión a la que se arribó en el incidente.----- “En este orden de ideas, dice Michele Taruffo, en La prueba de los hechos (págs. 176/177): \‘En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión\’. Para Taruffo, el verdadero problema es definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, \‘definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas\’” (Se. 69/08 STJRNSP, voto del Dr. Soderro Nievas). ----- Destaco que el incidente se encuentra regido por la urgencia, en tanto el trámite se inició el 26 de marzo y el 29 de dicho mes la Directora del Hospital informó que la solicitante cursaba 11.3 semanas de gestación, cuando la interrupción del embarazo de bajo riesgo es hasta las 12 semanas y el riesgo se incrementa a diario.----- De tal modo, tanto el auto interlocutorio que resuelve el 5 de abril la petición como la inducción de interrupción de embarazo que se completa el 8 de dicho mes (fs. 162) ya ///29.- suponían un incremento de riesgo diario para la solicitante.----- Además, atento a las constancias del expediente, tanto los antecedentes aportados por el Hospital donde era atendida la menor como el informe psicológico realizado por el forense señalan la existencia de un abuso sexual crónico -la víctima se encontraba transitando la última etapa del síndrome, ya en una postura de acomodación-.----- “... En la etapa de inicio (del abuso sexual) es más frecuente observar características compatibles con estrés postraumático, mientras que en la fase crónica, lo que ha de primar es el tipo de comportamiento asociado al síndrome de acomodación a la victimización reiterada” (Miotto, Delitos contra la integridad sexual, victimización sexual de niños y adolescentes)...” (Se. 58/09 STJRNSP), que puede incluso ocasionar que el niño se retracte durante la investigación, pues es habitual que “... se vea

presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia” (Se. 47/07 STJRNSP).- - - - -

- - - - - Por lo tanto: i) sin cuestionamientos relevantes respecto de la fundamentación de las pruebas incorporadas al expediente; ii) siendo todas estas contestes en indicar la existencia de un abuso sexual incluso crónico, como el denunciado por la víctima y su madre, y iii) con la calificación precisa de la etapa del síndrome que padecía la menor; iv) además de la consideración del tiempo como factor determinante para la viabilidad de la pretensión (ver fs. 93

///30.- considerandos del Juez en lo Penal), la decisión es adecuada a derecho en los términos del art. 220 de la Constitución

Provincial, por encontrarse fundada.- - - - - Se dan en autos las condiciones de validez aptas (capacidad de representación de las pruebas de la hipótesis que se quiere demostrar -había en efecto un abuso sexual incluso crónico del que podía colegirse el embarazo- y necesaria celeridad para arribar a la conclusión -lo que obligaba a desechar prueba impertinente o superabundante en los límites del tiempo exigidos por la situación-).- - - - -

Destaco que el art. 19 apartado segundo de la Convención de los Derechos el Niño exige a los Estados parte la adopción de medidas de protección específicas para los niños víctimas de cualquier maltrato o abuso -incluido el sexual-, entre otras la de procedimientos que sean eficaces, lo que pone de resalto la relevancia del condicionante temporal.- - - - -

- - - - - Asimismo, siendo que toda demora aumenta el riesgo, se podría tratar de un “elemento básico para la consideración de otra ilicitud como es la producción culposa del resultado de muerte -art. 84, Cód. Penal-” (voto del Dr. Piombo, en SCJBA, del 27/06/05, en LL Online: AR/JUR/774/2005).- - - - -

- En cuanto a que el embarazo sea la consecuencia de la violación, el requisito debe ser estimado en términos de probabilidad y no de certeza (ver Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte Especial, pág. 87, conforme cita de Larrandat, en Código Penal. Parte Especial,

dirigido por de Baigún y Zaffaroni, Tº 3, pág. 698).- - - - -
- - - - - Así, se encuentran acreditados, y su mérito no puede
///31.- ser estimado de arbitrario, los requisitos típicos para el
aborto ético o sentimental: interrupción del embarazo por un
médico diplomado, tal como se instruye en la parte resolutive de la
decisión; consentimiento informado (ver acta de fs. 47 y subpunto
3 del informe psicológico de fs. 50); existencia de la violación y su
relación con el embarazo (conforme los considerados supra
desarrollados).- - - - - no obsta a lo anterior el peritaje glosado en
copia a fs. 30/36 de este expediente, toda vez que la conclusión se
obtiene del material biológico expulsado por T.N. -restos
placentarios y ovulares- y -como se le informa al Juez en la
solicitud analizada- los análisis genéticos tendientes a determinar si
la criatura es o no producto de las relaciones denunciadas “deberán
ser llevadas a cabo en el momento del nacimiento del niño/a” (fs. 1
del incidente), por lo que era prueba inadecuada para resolver la
cuestión.- - - - - La propia Corte Suprema de Justicia de la
Nación ha cuestionado el carácter absoluto de la verdad biológica
(Fallos 331:147), de ahí que el concepto sea aplicable a la víctima
del delito aquí investigado, sin que el resultado final que varios
meses después se obtiene por una prueba genética forense (ADN)
pueda constituirse en un disvalor de resultado, porque lo que se
analiza es lo actuado por el señor Juez de Instrucción al tiempo de
resolver el tema y no las circunstancias posteriores, ya que el daño
causado a la víctima de violación es inmediato y proyecta sus
secuelas en el tiempo.- - - - - Es
más, esta cuestión continúa en debate ante la ausencia de sentencia
definitiva, con el único criterio
///32.- conocido en “Rugone de Prieto” (CSJN Fallos 332:1796), lo
que obliga a los Jueces de Instrucción o de grado a dotar al proceso
de diferentes medidas de prueba suficientes o acreditativas, tal
como se establece en tal precedente ante la oposición a la
extracción compulsiva de sangre.- - - - -
- - - - - Asimismo, pongo de resalto que la propia Defensora de
los intereses del nasciturus reconoce el menoscabo intrafamiliar

(fs. 57 vta.), lo que la lleva a plantear la amoralidad entre las relaciones sexuales de tal tipo, cuestión que por lo demás ya quedaba establecida en el informe social de fs. 26 y ss. del incidente. Ello pone de manifiesto la superabundancia de la prueba socioambiental que solicita, además de que indica una probable razón a la menor en caso de cometer un error sobre el familiar que la agredió sexualmente, con resultado en el embarazo. Lo cierto y demostrado es que la menor sufría un abuso sexual crónico intrafamiliar desde los once años; esto es, ocurrió en un espacio temporal de 6 años y “la señora Huenchul (su madre) no ha mostrado signos de alarma ante la situación. Pareciera que la intervención de su yerno ha motivado la decisión de denunciar (el embarazo)” (informe social mencionado, fs. 27 del incidente).- - -

- - - - - En atención a tales datos, al momento de resolver no había prueba alguna que señalara una falsa denuncia o de una supuesta venganza o el síndrome de alienación parental.- - - - -9.- Defensa efectiva de los intereses de las partes:- - - - - El auto interlocutorio aquí recurrido sostiene que asiste razón a la apelante -la representante de los

///33.- intereses del nasciturus- en cuanto a que el magistrado omite darle la intervención adecuada, como que elude considerar su dictamen. Para ello realiza un análisis del tiempo en que se toma la decisión en relación con el de la presentación del escrito, de lo que concluye que la supuesta participación de los actores del proceso en el expediente aparece como una burda ficción de una decisión irrevocablemente asumida.- - - - - Tal

postura no puede tener más alcance convictivo que la pura especulación de los señores Jueces de Cámara -lo que define la íntima convicción-, pues el auto interlocutorio apelado es un instrumento público suscripto por el magistrado y el secretario que da fe de lo sucedido, que permite establecer el trámite de las presentaciones de las partes, la cuestión a decidir y los puntos planteados por cada una de ellas.- - - - -

- Además, en lo que específicamente interesa aquí, es cierto que se le da intervención a la Defensora de Menores e Incapaces

representante de los intereses del nasciturus (fs. 46), quien contesta la vista a fs. 57/58 y luego amplía a fs. 61/62 (todo del incidente), en donde expone varios planteos en oposición a la solicitud de interrupción

-incompetencia material del Juez a quien se le dirige dicha solicitud, necesidad de agregar un tutor especial como parte de la contienda, y crítica y mérito de las medidas de prueba recolectadas en el expediente, con la indicación de producir otras y completar o aclarar algunas de las producidas.- - - - - También advierto que en la decisión se reseñan tales planteos y se les da tratamiento, por lo que no podría

///34.- estimarse que resultan omitidos aquellos conducentes al objeto procesal.- - - - - En tales condiciones, el nasciturus ha tenido una defensa efectiva de sus intereses en el marco de la doctrina legal que surge, mutatis mutandis, del fallo 212/09 STJRNSP: “\En efecto, la Corte ha sido muy enfática en este sentido. Ni la defensa técnica puede convertirse en un «sello de goma» o, con palabras de Zaffaroni, en un «buzón de notificaciones», ni el Poder Judicial obliterar todo control institucional al respecto, dado que de lo contrario las formas del proceso resultarán por completo resquebrajadas y el ejercicio de poder punitivo en esa coyuntura adquirirá un status ininteligible que carecerá de una mínima racionalidad republicana. [...] En este contexto, cabe reiterar que la figura tragicómica del legitimador de condenas, esto es, de aquel personaje cuya única función en el proceso reside en garantizar su mera presencia física con el fin de que la eventual aplicación de una sanción adquiera «validez», resultó anatematizado por la sentencia [«Nuñez» (Fallos, 327:5095)...]. no basta, pues, con que la defensa «esté allí», es decir, que se haga «presente» en el procedimiento. Por el contrario, ese mero «estar» debe dejar paso a una posición preactiva, combatiente, que le permita al imputado «resistir» los embates del poder represivo. no en vano Moreno Catena sostiene que la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión «... existente o meramente temida» [(conf. Víctor Moreno Catena, La

defensa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 1982, págs. 17 y ss.)]\' (Juan L. Finkelstein Nappi, \\'Del legitimador de condenas al ///

///35.- defensor integral de los derechos humanos. El caso «Ricardo Alberto Núñez» y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e interrogantes\', publicado en Daniel R. Pastor –dir.-, El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal, ed. Ad-Hoc, 2007, págs. 228/ 229)”.-----

----- Así, la defensa del nasciturus toma vista de las constancias del expediente y presenta sus objeciones orientadas a temas de previo pronunciamiento, otros de trámite y los últimos referidos a temas probatorios, lo que pone en evidencia un cabal conocimiento de las temáticas a decidir.-----

----- Ciertamente es que no lo hace desde un punto de vista sustancial -lo mismo que el Agente Fiscal y a diferencia del Defensor de la solicitante-, pero la doctrina legal que regía el caso era favorable a la petición que da inicio al incidente, la que se presume conocida. Destaco que la Se. 48/09 citada supra es del 9 de junio de 2009 y cuenta con mi postura favorable a la admisión del aborto ético o sentimental, aunque a modo de obiter dictum, y la del doctor Alberto Ítalo Ballardini, que está sí como resolución de la cuestión, todo ello en sentido contrario a lo decidido por la Cámara en lo Criminal que interviene en grado de apelación.-----

----- Por lo tanto, no se advierten en el trámite cortapisas a la presentación de agravios desde un punto de vista procesal o sustancial, lo que pone en evidencia una defensa efectiva y el cumplimiento de la normativa vigente que

///36.- reconoce al niño el derecho a ser oído (art. 12 CDN). La decisión se toma entonces en condiciones de igualdad procesal con la peticionante.-----10.- La competencia material del Juez de Instrucción:- ----- En el precedente que vengo citando (Se. 48/09 STJRNSP), el doctor Ballardini expresa con toda claridad que en “... los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del Código Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a

interrumpir la gestación. Efectivamente, no existe en la citada norma disposición que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta. En resumidas cuentas, la ley no prevé una venia judicial para ello...”-----

---- Luego reseña el razonamiento autorizado e incontestable de Germán Bidart Campos, “quien ha sostenido que \o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir... Cualesquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica\ ('Autorización judicial solicitada para abortar\', nota a fallo, El Derecho, 114-183)”----- “Una vez

cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el artículo 86 del Cód. Penal, la actuación de

///37.- los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de previa autorización judicial” (voto de la Dra. Kogan, fallo de la SCJBA citado supra, publicado en LLBA, 2006, pág. 895).-----

----- Para ello adquiere especial importancia la aplicación la Ley Provincial 3099 -Ley de Bioética. Investigación y Difusión. Creación del Comité Provincial de Bioética-, que dispone el establecimiento de Comités Hospitalarios de Bioética, de consulta obligatoria, aunque sus recomendaciones no sean vinculantes (arts. 4 g y 5), temática que se insiste en destacar.-----

----- De tal modo, se advierte así el error tanto de quien impugna la competencia material del Juez de Instrucción para resolver la solicitud a favor de la Juez de Familia como de la Cámara en lo Criminal que atiende el planteo. Igualmente incurre en contradicción el propio Juez al resolver, en tanto, admitiendo la postura arriba mencionada según la cual en los casos contemplados en el art. 86 segundo párrafo incs. 1º y 2º del Código Penal “no se

requiere autorización judicial para proceder a la interrupción de un embarazo, siempre y cuando se trate de los supuestos específicamente previstos en dicha norma, y se hubiere dado cumplimiento a los términos establecidos en la misma”, tras ello dispone “autorizar al interrupción del embarazo de T.N., declarando que su situación encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º del Código Penal”.- - -

----- A todo evento, la venia judicial que la administración

///38.- solicita para no incurrir en un error de tipo o de prohibición puede ser mejor respondida por el Juez de Instrucción, dado que la cuestión primera a resolver pasa por una interpretación de las normas de derecho penal involucradas, en un trámite incidental que surge de un expediente que comparte la materialidad involucrada, la víctima y los presuntos autores, lo que es propio de su competencia material.- - - - -

----- Asimismo, aunque la normativa citada del código de fondo no requería de una autorización de los jueces para su aplicación, el pronunciamiento jurisdiccional tuvo como fin “salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas involucradas en el proceso” (voto del doctor Roncoroni, en SCJBA, La ley Online, AR/JUR/774/2005, citado supra), la que constituye una de las exigencias convencionales para los Estados parte.- - - - -

--- Por otra parte, tampoco el pedido de un tutor especial (art. 397 C.C.) podía ser hecho al Juez de Instrucción (arts. 59, 63, 493 íd.), sino al Juez de Familia.- - - - -

----- 11.- Conclusión:- - - - -
----- Por los motivos desarrollados, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación y, por razones de mejor administración de justicia, revocar el Auto Interlocutorio N° 103 dictado el 14 de abril de 2010 por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, declarando que el recurso de apelación interpuesto contra el Auto Interlocutorio N° 63 del Juzgado de Instrucción Penal N° 2 de dicha localidad devino abstracto por circunstancias sobrevinientes a su interposición, todo con remisión del

///39.- expediente a la Cámara en lo Criminal para su devolución al Juzgado de origen a sus efectos. También propongo notificar la sentencia a la señora Ministra de Salud de Río Negro y a la señora Directora del Hospital zonal de San Carlos de Bariloche. MI

VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - - Adhiero al voto de vocal ponente, de acuerdo con los siguientes fundamentos:- - - - - Debe hacerse lugar al recurso de casación, pues -en efecto- la nulidad declarada por la Cámara en lo Criminal responde a un ritualismo inútil, toda vez que -en una evidente contradicción- primero advierte acerca del carácter abstracto del planteo. Por lo tanto, se trata de una nulidad por la nulidad misma o en el solo beneficio de la ley y se opone así a la doctrina legal de este Cuerpo acerca del principio de trascendencia que rige a todo eventual incumplimiento formal.- - - - - El carácter abstracto de la cuestión no alcanza al recurso deducido por el señor Defensor que representa a la menor víctima T.N., dada la necesidad de que el Superior Tribunal ejerza su tradicional función de casación ante posturas discrepantes de los organismos jurisdiccionales, cuando además esto es ocasión de instrucciones también discrepantes a la administración de Salud Pública de la provincia.- - - - -

- - - - - Acerca de la cuestión de derecho sustancial o de fondo, es suficiente la remisión a mi voto en el fallo 48/09 STJRNSO en cuanto a que, según el art. 86 inc. 2º del Código Penal, si el embarazo proviene de una violación, el aborto

///40.- practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible , sin que sea necesario establecer si aquella es idiota o demente.- - - - -

- - - - - Admito que la interpretación que propugno es materia de arduas discusiones y de posturas contrarias, lo que -en atención a ello- explica la consulta de los organismos de salud pública y los considerandos expuestos por los señores Camaristas en orden al derecho de fondo, aunque estos últimos debieron -de entenderlo necesario- expresar su posición pero al solo fin declarativo.- - - - - Habiendo arribado

a tal conclusión en cuanto al alcance interpretativo del art. 86 inc. 2° del código sustantivo, surgen los requisitos que exige el tipo legal, por lo que resta la cuestión probatoria acerca de su acreditación, en un segundo análisis de la tarea del Juez de Instrucción que cuestionó la Cámara en lo Criminal.- - - - -
Sobre tal punto, destaco lo siguiente:- - - - - El tipo legal no exige una venia judicial para la interrupción del embarazo, por lo que se advierte una contradicción inicial en aquel magistrado que así lo reconoce en la parte resolutive de su decisión, no obstante lo cual realiza la instrucción de interrupción que se le había solicitado.- - - - - Aun así, también es un equívoco que la competencia material para resolver la tuviera la Juez de Familia, además de que -a todo evento- por las razones expuestas por el Dr. Víctor Hugo Soderro Nievas, el Juez de Instrucción era quien se encontraba en mejores condiciones técnicas y prácticas

///41.- para resolver la petición, para responder a una demanda de justicia efectiva, en plazos muy acotados, cuando también se evidenciaba el grave riesgo para la salud que el embarazo ocasionaba a la menor.- - - - - Asimismo, el trámite del incidente permite advertir que los intereses del nasciturus se encontraron correctamente representados y que -por tanto- se le dio a su defensa la posibilidad de actuar de modo efectivo. Las temáticas tratadas en la decisión cuestionada -de incompetencia y otras probatorias- así lo demuestran, tal que la Cámara en lo Criminal las utiliza como fundamento para la nulidad que declara.- - - - - Asimismo, la prueba producida en el incidente tenía suficiente fuerza representativa para determinar -con el mayor alcance exigible- que la menor padecía un abuso sexual crónico intrafamiliar, incluso de larga data, y que no había indicios de una denuncia falaz o mentirosa. También era razonado suponer que el embarazo provenía de tal abuso sexual reiterado en el tiempo.- - - - - La prueba de ADN posterior no enerva lo actuado por el Juez de Instrucción en tanto: i) aunque parezca un argumento redundante, era

efectivamente posterior y la actividad del magistrado debe ser analizada según la prueba producida al momento de decidir, la que proporcionaba razón suficiente a la hipótesis de un abuso sexual crónico; ii) la prueba era inadecuada para el incidente y útil para determinar la autoría en la violación, pues la muestra necesaria solo se puede obtener de los restos obtenidos luego de la interrupción del embarazo o luego del nacimiento, con lo que

///42.- no podía utilizarse para dilucidar la petición.- - - - - Por los fundamentos expuestos, debe hacerse lugar al recurso de casación deducido y revocar la decisión cuestionada con notificación a los organismos de Salud Pública de la provincia, tal como propone el voto ponente. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - - Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - - Por ello,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
R E S U E L V E :**

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a - - - - - fs. 1/6 de las presentes actuaciones por el señor Defensor de Menores e Incapaces doctor Manuel Cafferata en representación de la menor T.N.- - - - - Segundo: Revocar el Auto Interlocutorio N° 103 dictado el 14 - - - - - de abril de 2010 por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, declarando que el recurso de apelación interpuesto contra el Auto Interlocutorio N° 63 del Juzgado de Instrucción Penal N° 2 de dicha localidad devino abstracto por circunstancias sobrevinientes a su interposición.- - - - - Tercero: notificar la presente a la señora Ministra de Salud - - - - - de Río Negro y a la señora Directora del Hospital zonal de San Carlos de Bariloche.- - - - - Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los - - - - - autos a la Cámara en lo Criminal para su devolución

///43.-
al Juzgado de origen a sus efectos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 3

SENTENCIA: 43

FOLIOS: 526/268

SECRETARÍA: 2