

Título: Un indefenso con "esforzada" defensora(1). In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el período 1930-1943
Autor: Marrama, Silvia
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Política Criminal, Tomo 237, 1198
Fecha: 02-06-2010 Cita Digital: ED-DCCLXXI-525

Sumarios

I. Introducción. - II. El derecho a la vida de la persona por nacer. - III. Incapacidad de la persona por nacer. - IV. Función del defensor de menores. - V. El defensor de menores y la persona por nacer. - VI. Actuación de la defensora de menores con el caso "N.". - VII. Un marcado contraste con el caso "M.". - VIII. Conclusión.

Un indefenso con "esforzada" defensora(1). In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el periodo 1930-1943

I

Introducción

A una adolescente de 17 años, oriunda de Río Negro, presuntamente violada por su padrastro y su tío desde hace 6 años, le fue concedida por el juez de Instrucción N° 2 de Bariloche una "autorización judicial" para realizarse un aborto mientras cursaba la doceava semana de gestación, declarando que su situación se encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86, inc. 2°, del cód. penal. El caso devino abstracto porque inmediatamente después de la resolución judicial se practicó el aborto a la joven en el Hospital Zonal de San Carlos de Bariloche. No obstante ello, la Cámara Primera del Crimen de Bariloche(2) declaró la nulidad de la resolución -apelada por la defensora de menores-, por violación de diversas garantías constitucionales.

En el caso, plagado de irregularidades, destaca la tenaz actuación de la defensora de menores, Dra. Paula Bisogni, quien, haciendo honor a la independencia que debe ostentar el organismo que integra, no se dejó amilanar por las presiones mediáticas y políticas, y las abundantes anomalías procesales, cumpliendo en forma impecable las funciones que las leyes le encomiendan en defensa de la persona por nacer.

II

El derecho a la vida de la persona por nacer

Interpretando complementariamente los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22(3), es necesario afirmar que la Constitución Argentina protege en la máxima medida posible la vida humana desde la concepción, considerándola un derecho intrínseco a todo ser humano, es decir, a toda persona.

Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, que es amparado jurídicamente desde su concepción(4), ya que tiene "carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación"(5), porque "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo"(6).

Aunque no se comparta este criterio constitucional, jurisprudencial y doctrinal(7) no se puede soslayar que todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo, y, ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio *in dubio pro homine*, establecido en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica. Este principio, inspirado en una exigencia de justicia, es la cristalización de la perenne pretensión del ordenamiento jurídico, de custodiar con predilección al indefenso, al débil, a quien está de alguna forma en una situación desfavorable(8).

En resumen, según la Constitución Nacional, la persona comienza a existir desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida.

La ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes"(9), reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente. Su art. 2° declara que la Convención sobre los Derechos del Niño "es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad". El mismo artículo reconoce la defensa en juicio de los menores, quienes tienen derecho a ser oídos -obviamente por intermedio de quien los represente-. Esto es de especial aplicación cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a la vida de sus hijos menores a través del aborto.

Finaliza el artículo citado estableciendo que "los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles". Esta declaración de "orden público" del derecho a la vida de toda persona desde su concepción impide la pretendida aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como fundamento para la autorización legislativa o judicial del aborto o su tolerancia de hecho por parte del Estado Argentino. Por otra parte, el art. 3° puntualiza que se entiende por interés superior del niño "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8°, el derecho a la vida. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados a garantizar "en la máxima medida posible" el derecho a la vida de todo niño, lo cual *conlleva necesariamente su tutela penal mediante el delito de aborto*.

El citado art. 3° de la ley 26.061 declara que se debe respetar la “condición de sujeto de derecho” que tiene todo niño, agregando en su parte final que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Es decir que todo niño desde su concepción tiene -al igual que una persona adulta- condición de sujeto de derecho -es decir, personalidad-, aunque en su ejercicio sea considerado por la ley civil como incapaz de hecho.

III

Incapacidad de la persona por nacer

“La capacidad concurre con otros atributos para conformar el plexo de instituciones que determinan a la persona en su proyección jurídica, mas es indudable que ella constituye su calidad más destacada, a punto tal que modernamente los conceptos de persona y de capacidad se entrelazan y confunden”(10). Por ello, la capacidad se ubica en una situación privilegiada en relación con los restantes atributos de la persona, y se encuentra incluida entre los derechos del hombre anteriores al Estado mismo, resguardados por la Corte Suprema en su condición de preexistentes a la Constitución Nacional por ser inherentes a la personalidad(11).

El art. 54, inc. 1°, del cód. civil declara incapaces absolutos de hecho(12) a las personas por nacer. Esta incapacidad no deriva de ser estas personas distintas en naturaleza o dignidad del resto de las personas de existencia visible. La razón de la incapacidad absoluta de hecho finca en la imposibilidad de obrar que adolecen las personas por nacer, tal como explica Freitas, cuyo art. 41, aunque Vélez Sarsfield no lo declare en la nota pertinente, es la fuente del art. 54 del cód. civil(13).

Concordante con ello, como las personas por nacer son consideradas incapaces de hecho, pero no de derecho, el art. 57 del cód. civil dispone que sean representadas por sus padres y, a falta o incapacidad de éstos, por los curadores que se les nombre. La representación paterna (art. 274, cód. civil) es una representación universal, por extenderse en principio a todo el ámbito del ejercicio de los derechos del incapaz, y es necesaria por tratarse de una institución destinada a otorgar protección a quien, en la hipótesis de ser privado de la posibilidad de dinamizar sus derechos, quedaría en inaceptable posición para el ordenamiento social justo(14). La incapacidad es una institución que tiene por fin la protección del incapaz, y la representación (paterna o a través de curador de la persona por nacer) resulta rigurosa consecuencia de aquélla, siendo en todos los casos la ley la que asume la función tutelar y resultando la forma en que el Estado cumple su tarea esencial de resguardo a los sectores sociales que requieren protección(15).

Esta afirmación es de vital importancia en el tema que nos ocupa, ya que generalmente se darán en los casos de aborto procurando intereses contrapuestos entre los padres y sus hijos -personas por nacer-. Estos conflictos de intereses implican un peligro de daño concreto para la persona por nacer -v.gr. ante la tentativa de aborto o el aborto consumado-. Ese peligro se presenta todas las veces que el representante -en estos supuestos, los padres-, por la intervención de un elemento extraño (interés opuesto) no logra de modo exclusivo la realización de los intereses del representado. El resguardo de los intereses del representado debe siempre estar presente, a plena luz, en la conciencia del representante, al decir de Pugliatti(16). Por ello, ante esta contraposición de intereses, el Estado debe procurarles un curador.

IV

Función del defensor de menores

La representación legal de los incapaces se estructura con un espíritu tuitivo y dicho aserto encuentra su máxima expresión con la implementación por nuestro sistema legal de un organismo perteneciente a la esfera del Poder Judicial, el cual, sin contar con potestad jurisdiccional, es llamado para concretar acciones de contralor y resguardo del menor como incapaz de obrar. Así, el Ministerio de Menores es el conjunto de funcionarios estatales, esencialmente pertenecientes al orden judicial o asimilados a él, que tienen legalmente asignadas funciones de representación, asistencia y contralor, correspondiéndoles en consecuencia las tareas propias de la tutela oficial de los menores de edad. Al decir de Palacio, “le corresponde la misión de velar por la persona, bienes y derechos de los menores y demás incapaces, sea mediante la intervención en los asuntos judiciales concernientes a esas cuestiones, sea a través del asesoramiento y vigilancia que con respecto a ellas desempeñan en el ámbito extrajudicial”(17).

El art. 59 del cód. civil establece la representación promiscua del Ministerio de Menores, so pena de nulidad de todo acto o juicio en el cual no hubieren participado.

La Constitución Nacional reformada en 1994, en su art. 120, define al Ministerio Público como “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”, lo cual se ve precisado por la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 (del 11-3-98).

En general cuando se analiza la independencia del Ministerio público se la relaciona con la intangibilidad de las facultades investigativas de los fiscales, ignorando un avance menos espectacular, silencioso pero tanto o más trascendente, y con un alto contenido social, incorporado por la reforma constitucional de 1994. Este avance consiste en considerar el derecho de defensa no solamente como una garantía dogmática -conf. art. 18, CN-, sino como una garantía orgánica, ya que se ha instituido un órgano de la máxima jerarquía normativa, el Ministerio Público de la Defensa, creado exclusivamente para proteger a las personas frente a las eventuales violaciones de sus garantías constitucionales. “Un avance significativo de la reforma constitucional fue jerarquizar el Ministerio Público de la Defensa, creando el cargo de Defensor General de la Nación. *Hoy podemos afirmar que luego de la reforma constitucional de 1994 se ha terminado de configurar la garantía del derecho de defensa en juicio que establece el artículo 18 de la Constitución. A partir de la reforma no solamente es inviolable, sino que existe un órgano independiente con jerarquía constitucional, el Ministerio Público de la Defensa, que está para asegurar esa inviolabilidad*” (la bastardilla es nuestra)(18).

Del enunciado del art. 120 de la CN surge claramente la función “requiriente” o “postulante” del Ministerio, ya sea como fiscal, como defensor público de pobres, ausentes e incapaces o como órgano colectivo tutelar de la persona y de los bienes de aquéllos.

El defensor de menores no es, pues, un mero funcionario de control del proceso, ni un simple colaborador del juez, o puramente órgano de consulta de los Tribunales en materia civil, de familia o de menores. La ley mencionada le exige una participación más activa en la protección y defensa de los más débiles de la comunidad. El Ministerio de Menores puede, por lo tanto, promover acciones por sí mismo, asumiendo la condición de parte, además de su rol tradicional de intervención ante la existencia de intereses de un menor comprometidos en el proceso.

V

El defensor de menores y la persona por nacer

Es curioso comprobar que ya Vélez Sarsfield previó un complejo sistema de protección civil de la persona por nacer. Así, estableció expresamente el deber del Ministerio de Menores de denunciar un embarazo (art. 66, inc. 3º, cód. civil) o demandar alimentos al progenitor (art. 272, cód. civil) de la persona por nacer (conf. “G.B.P. c. M.H.H. s/alimentos”, expte. N° 1376/08(19)).

Si bien la persona por nacer (expresamente incluida entre los incapaces por el art. 57 del cód. civil) es representada normalmente por su madre (conf. art. 57, cód. civil), el art. 59 del cód. civil prevé su doble representación en todos los casos al establecer que “a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”.

Por otra parte, señala el Dr. Scala(20) que, “conforme el mandato imperativo de la naturaleza, los padres tienen la obligación de proteger y formar íntegramente a sus hijos menores; para lo cual disponen de ciertos derechos en relación con las personas y bienes de sus hijos”. Cuando ese mandato imperativo de la naturaleza es contrariado, la justicia debe privar a esos padres de la patria potestad.

“El art. 265 del cód. civil establece la obligación del cuidado de los hijos. El incumplimiento del deber de cuidado tipifica una forma de abandono (art. 307, inc. 2º) y resulta causal de pérdida de la patria potestad.

”Entre tanto, el art. 307 del cód. civil sanciona con la pérdida de la patria potestad al padre o madre que ponga ‘en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo’, caso este último que se refiere a situaciones de gravedad y requiere dolo. No obstante, pone de manifiesto la obligación emergente de la patria potestad, de guardar la salud física, psíquica y moral del hijo”(21).

Al pedido de aborto en el caso “N.” lo efectuaron la joven encinta, su madre y su hermana. Tal manifestación ante la justicia configura claramente una puesta en peligro de la seguridad y salud física de la persona por nacer, y de la salud física y psíquica de la madre embarazada. Es de suponer que en el caso y conforme lo dispone el art. 264 bis del cód. civil, siendo la adolescente menor no emancipada, su madre ejerce la patria potestad sobre ella y su hijo por nacer. En consecuencia y atento su pedido de aborto, la madre de la joven embarazada y abuela del niño por nacer debe necesariamente ser privada de la patria potestad sobre ambos. Entendemos que la promoción de la acción encaminada a la privación de la patria potestad de esta mujer puede y debe ser promovida por los Defensores de Menores intervinientes en el caso, máxime cuando ya se ha consumado el atentado a la vida del niño por nacer y el daño a la salud de su madre.

Además, es evidente que en los casos en que se solicita una autorización judicial para abortar existe una contraposición de intereses de la persona por nacer en relación con su madre, con lo cual será absolutamente necesaria la designación de un tutor especial que la represente en autos (conf. art. 397, cód. civil: “Los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: (...) inc. 1º. Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren”).

A partir de la avalancha de presentaciones judiciales que encubiertamente tienden a presionar para que se “legalice” el aborto, se ha evidenciado la sistemática labor de los asesores de menores en defensa del derecho a la vida de la persona por nacer, aun en contra de las pretensiones abortistas de sus representantes naturales(22).

Es así como en uno de los primeros casos que tomó estado público(23) fue la actuación del defensor de menores, quien mediante el planteo de un recurso extraordinario ante la resolución del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que autorizó el aborto, permitió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciase reconociendo el derecho a la vida de toda persona por nacer, cualquiera sea su estado de salud -en el caso, padecía de anencefalia-.

Cabe destacar que en este caso la Corte no autorizó un aborto eugenésico(24), tal como lo proclaman quienes intentan su despenalización. Por el contrario, lo que aquí se autorizó fue la inducción de un nacimiento(25), ya que el avance del embarazo aseguraba el alumbramiento prematuro de un niño enfermo. Aclarar este punto inquietante es importante, por la fuerza que tienen los precedentes: v.gr. el caso “Sejean”(26), por el que se declaró inconstitucional el matrimonio indisoluble en la Argentina, “presionó” al Senado para que se dictase la ley de divorcio, cuando estaba a punto de dejar caducar la media sanción de Diputados(27).

Nuestra afirmación sobre la intencionalidad despenalizadora/legalizadora(28) del aborto que encubren estas presentaciones se puso de manifiesto -en este caso- con la simple lectura de un matutino de esa época(29), que informaba que la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires derivó a la Sra. Tanus a la Fundación Unos con Otros, organización no-gubernamental que se ocupa de brindar “asistencia familiar”, dirigida por la Dra. Perla Prigoshin, quien llevó adelante el juicio. Dicha Fundación patrocina este tipo de casos y los promueve en los medios de comunicación con una intencionalidad clara de promover la legalización del aborto. Como lo destaca el Dr. Nazareno en su voto, “debe tenerse en cuenta que el amparo fue promovido ‘para dar fin a este embarazo’ ya que ‘tanto mi esposo como yo somos conscientes que la intervención médica que solicitamos puede ser resuelta de otro modo, es decir en lugares «privados» que no requieren autorización judicial alguna; pero no elegimos el camino ilegal’, *lo que claramente implica la intención de todo evento, de abortar*” (consid. 9º). El artículo periodístico antes mencionado informa que la abogada de la actora habría realizado un “alegato de oreja”(30) y luego informó a los medios de comunicación social los resultados del mismo, intentando de este modo “manipular” la opinión pública a su favor y en cierta forma “presionar” a los miembros del Alto Tribunal: “La abogada tiene confianza: ‘El secretario de la Corte durante la feria me dijo «Si hay un caso por el cual la Corte de un país tiene que habilitar la feria judicial, es éste»’. Y la habilitaron. Creo que nos va a ir bien: la Corte muestra una sensibilización creciente respecto del dolor de la gente”. No es casualidad que también haya declarado en la misma nota periodística: “La realización de *abortos* terapéuticos tiene relevancia internacional: en su informe de noviembre de 2000, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, destacó en su capítulo sobre la Argentina: ‘Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre’”, y que ante un resultado adverso, “apelaría la sentencia en ámbitos internacionales”. Por otra parte, el mencionado informe del Comité, a continuación del párrafo citado por la abogada de la actora, recomienda la *ampliación de los casos de despenalización del aborto* en la Argentina para todos los casos de violación seguida de embarazo(31).

Pero, como demuestra el Dr. Bach de Chazal en un enjundioso artículo, “los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no son en verdad ‘actos jurisdiccionales’, sino expresiones y sugerencias que reflejan el parecer de un órgano -fundamental, sí, pero no judicial- de la Organización de los Estados Americanos, cuya naturaleza es de carácter jurídico-político. No les corresponden, por consiguiente, las consecuencias propias de actos de esa naturaleza que, en el sistema interamericano de derechos humanos sólo son atribuibles a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que con todo acierto y en una doctrina que no ha desandado, la Corte Interamericana precisó de modo categórico e inequívoco que su incumplimiento no genera responsabilidad internacional”(32).

Puede apreciarse claramente cómo se usó el sufrimiento indiscutible de esa madre para poner en el tapete el debate público sobre la legalización del aborto.

En cuanto al rol de “requerente” que mencionábamos al comienzo de este punto, no puedo dejar de referirme al caso iniciado por la Defensora de Pobres y Menores de Paraná N° 2, María Marcela Piterson(33), en su carácter de representante promiscuo de menores, quien solicitó una medida cautelar de protección de una persona por nacer de cuatro meses de gestación a fin de que el juez ordene al Hospital Materno-Infantil “San Roque” en la persona de su Director, que se abstenga de realizar cualquier maniobra abortiva en relación con la joven M. C. F. (de 19 años, discapacitada mental, cursando un embarazo de cuatro meses), y se le asegure el tratamiento en forma completa que fuere menester según la ciencia médica, hasta el parto. Fundamentó su petición en que “este inocente es un tercero en el mejor sentido de la expresión. No es un producto de la madre, no es un ‘objeto’, ni una ‘larva’, ni una ‘cosa’, sino un sujeto de derecho y lo es desde la concepción”.

La Sra. Jueza de Familia y Menores N° 1, Dra. Claudia E. Salomón, hizo lugar a la medida cautelar, ordenando al Hospital Materno Infantil San Roque de Paraná que se abstuviera de realizar cualquier maniobra abortiva en relación con la menor y le asegurara el tratamiento en forma completa y que necesitara para la finalización del embarazo hasta el parto y designó al Consejo Provincial del Menor guardador provisorio de la menor y de su hijo -persona por nacer-.

Ante la revocación de esta resolución por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial -a instancias del defensor de la madre, Pablo Barbirotto-, la Defensora de Menores articuló el recurso de inaplicabilidad de ley, que fue declarado inadmisibile por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, habilitándose de este modo el aborto.

Dado que los médicos del hospital local se negaron a practicarlo, por estimar -además de razones de conciencia- que el avanzado estado de gestación incluía riesgo grave para la salud y vida de la madre, el entonces Ministro de Salud de la Nación, Ginés González García, dispuso el traslado en avión de la joven a Mar del Plata, donde se le realizó el aborto en un hospital público.

Cabe aquí aclarar que el desempeño del Defensor de la madre encinta -quien pidió la revocación de la sentencia de la jueza de primera instancia para obtener la autorización para abortar-, además de no ajustarse a derecho porque la normativa del art. 86 del cód. penal no genera derecho alguno(34), tampoco se ajusta a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone velar por el “interés superior del niño”.

Y no nos referimos solamente al “interés superior del niño” concebido no nacido, cuya vulneración, ante un aborto, es evidente, ya que se lo priva del derecho a la vida. Aludimos también al “interés superior” de la niña de 19 años discapacitada violada, quien “cargará sobre sus hombros” una mochila muy pesada de por vida: las secuelas físicas y psíquicas derivadas del aborto. Tutelar el interés superior de una menor embarazada no implica necesariamente acceder a su pedido -o, en este caso, al pedido de su madre-, sino velar realmente por su bien, por su persona considerada integralmente.

En otro caso ocurrido en San Nicolás de los Arroyos, el rol de “requerente” al que venimos haciendo referencia lo desempeñó el defensor federal Dr. Héctor H. Hernández(35), quien realizó una presentación ante la Fiscalía provincial denunciando la información recibida acerca de la probable comisión del delito de aborto en el domicilio de una partera de la localidad. Ante la intervención de la policía por requerimiento de la Fiscalía, se lograron frustrar dos abortos, es decir, salvar dos vidas humanas.

VI

Actuación de la defensora de menores

en el caso “N.”(36)

Arribando al análisis del caso que nos convoca, centraremos la mirada en la labor tenaz de la defensora de menores, que enfrentó innumerables irregularidades procesales y presiones mediáticas, sociales y políticas en defensa de la vida de la persona por nacer que representó.

Tal como lo describe la Cámara del Crimen en su fallo, la defensora presentó su primer dictamen el 31 de marzo a las 19 horas; ampliándolo el 5 de abril, reiterando la petición de que, previo a resolver, se decidieran las cuestiones preliminares planteadas (incompetencia del Tribunal para entender en la cuestión, designación de un tutor especial conf. art. 397 del cód. civil, agregación de los certificados de nacimiento que acrediten el parentesco de los imputados de violación de la menor, pedido de informe al psicólogo forense, etc.). Pese a ello, el juzgado omitió darle nueva vista y resolvió sin considerar su posición (no obra en autos ninguna providencia que respondiera a estas presentaciones), afectando así gravemente el derecho de defensa de su representado.

Paralelamente, el mismo 5 de abril la defensora se comunicó con la secretaria del juzgado, quien le informó que no se habían proveído sus presentaciones y que el juez se encontraba trabajando para resolver la cuestión de fondo, lo que motivó su presentación oponiéndose al aborto con fecha 5 de abril a las 13.05 hs. (lo cual se encuentra certificado en el expediente). Pero ese mismo día a las 12.45 hs. el juez había puesto los autos a resolver. E incluso las comunicaciones pertinentes a la Ministra de Salud al hospital de El Bolsón y al Dr. Saccomano registran un horario anterior a dicha puesta a despacho. Todo lo cual trasunta la inverosimilitud de que en 15 minutos el juez hubiera dictado sentencia y que tuviera tiempo real de considerar las peticiones de las partes.

A mayor abundamiento, el recurso de la Defensoría de Menores fue concedido con efecto suspensivo, no obstante lo cual el juez autorizó el aborto antes de que el Tribunal pudiera tramitar el recurso, en lugar de instruir a las autoridades sanitarias para que paralizasen y/o detuviesen las maniobras quirúrgicas a realizar en lo relativo a la interrupción del embarazo, ya que su decisión no se encontraba firme. En efecto, el director a cargo del hospital informó al matutino Río Negro que la joven fue internada el día miércoles 7 de abril y que el jueves le practicaron el aborto “en un marco de absoluta discreción”. De esta forma, *imponiendo la fuerza de los hechos por sobre el derecho*, se conculcó el derecho de defensa y el derecho a la vida de la persona por nacer. Con lo que debe concluirse que la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y la elevación del expediente a la Cámara el día jueves 8 a las 13 horas, constituyeron un mero formulismo.

Por otra parte, la resolución del 5 de abril autorizando el aborto se comunicó y transmitió a la prensa antes de que fuera notificada a las partes, y en el caso de la defensora, ésta se enteró directamente pasadas las 13.15 hs. por Internet.

Pero la lucha de la defensora por detener este crimen no se agotó en las presentaciones judiciales: el 6 de abril (dos días antes del aborto) con cargo 10 hs., presentó nota a la directora del hospital zonal poniéndole en conocimiento de que la resolución del juez Lozada no se encontraba firme, lo cual permite aseverar que si la autoridad sanitaria hizo caso omiso de esta presentación, tuvo la autorización expresa o tácita del juez, quien concedió el recurso de apelación en carácter suspensivo a sabiendas de que iba a devenir abstracto pues el hospital ya había programado y ejecutado el aborto.

La arbitrariedad de la resolución apelada se evidencia también en que no se probó en el expediente que la menor fuese discapacitada, ni siquiera el juez se pronunció sobre la probabilidad de que haya sido violada.

En este caso, a diferencia de lo ocurrido en Paraná, el defensor de menores que representó a la menor encinta, Dr. Manuel Cafferata, se desempeñó correctamente entendiendo que resultaba indispensable “recordar primeramente que como representante promiscuo de T. N. (art. 59, cód. civil), mi tarea es, principalmente de control y asistencia (...) *lo que no implica* como lo advirtiera en autos con anterioridad *que deba plegarme necesariamente a las pretensiones de mi representada, puesto que tengo la obligación de ajustarme en el ejercicio de mi función a las normas legales vigentes*” (la bastardilla es nuestra). Incluso respecto de la potencial existencia de un riesgo grave de salud para su representada por la continuación del embarazo, denunció que “muchas de las afirmaciones realizadas al respecto carecen de la debida fundamentación científica y tampoco se encuentran claramente determinadas las consecuencias psíquicas que puedan derivar de la concreción del aborto”.

VII

Un marcado contraste con el caso “M.”

El caso conocido como “M.” (37), en que se practicó un aborto en el Centro Materno Infantil de Trelew a una joven de 15 años y 23 semanas de gestación, guarda grandes -y lamentables- similitudes con el anterior en cuanto a las irregularidades procesales. Pero a diferencia de lo mencionado en el punto precedente, las defensoras intervinientes en autos no son ajenas a sus anomalías sino plenamente responsables de las mismas.

En efecto, Laura Nogués, defensora de la menor embarazada, fue quien apeló el fallo de la jueza de primera instancia que denegó el aborto; en tanto la defensora oficial de la madre, Andrea Caleri, intentó un *per saltum* en el Superior Tribunal de Justicia, que no le fue concedido. Ambas son defensoras públicas de Comodoro Rivadavia y dependen de Iris Moreira, Defensora en Jefe de esa Ciudad y tutora *ad litem* de la persona por nacer.

Esta última funcionaria, refiriéndose al fallo de Cámara que “autorizó” el aborto, manifestó en una entrevista periodística que “un recurso hubiera sido estéril para revertir la situación con el antecedente del Superior Tribunal de Justicia de Chubut(38), entonces decidí renunciar al derecho de impugnar y se lo hice saber a la Cámara 15 minutos después de que ésta emitiera sentencia... Mi decisión dejó firme el fallo y se comenzaron a arbitrar los medios para hacer el aborto”.

Como si esto fuera poco, comenta la Dra. Moreira en la entrevista que, estando ya internada la menor, comenzaron las maniobras abortivas, pero “no pudieron hacer el aborto medicamentoso, no lograron que tuviera dilatación y a la noche le hicieron una cesárea y el bebé nació sin vida (...) en el momento del aborto tenía 23 semanas y dos días”. La periodista le advirtió entonces que muchos niños con esa edad gestacional sobreviven con los adecuados cuidados neonatológicos y le preguntó si éstos habían sido previstos por la funcionaria respecto de su defendido, a lo que respondió: “No. Porque el fallo de Cámara decía aborto”. La periodista insistió: “¿Qué entiende Ud. por aborto? ¿matar al chico?” “Si -contestó- aborto es matarlo lo otro sería adelantar el parto”.

VIII

Conclusión

Una mirada global sobre los casos de las mal llamadas “autorizaciones judiciales” para realizar abortos de la última década permite apreciar y valorar la labor tenaz y silenciosa de la mayoría de los Defensores de Menores en defensa de la vida de las personas por nacer.

Entre ellos, quisimos destacar en esta oportunidad la labor de una “esforzada abogada” -expresión que utiliza la Cámara Primera del Crimen de Bariloche en el fallo “N.”-, la Dra. Bisogni.

Por otra parte, resaltando la valiosa tarea que desempeñan los Defensores de Menores, hacemos votos para que no prospere el Proyecto de Abolición del Ministerio Pupilar(39), que “pretende abrogar la representación promiscua y la asistencia del Ministerio Público respecto de los niños por nacer y los menores impúberes, en pretendida consonancia con la Ley de Protección Integral de la Niña, el Niño y el Adolescente. Lo cierto es que no sólo es disonante con ese texto legal, sino que por sobre todo es un ataque directo contra la protección integral de los niños. Un nuevo intento de despojar a los niños de los amparos que la ley provee, en virtud de su especial vulnerabilidad”(40) .

voces: aborto - poder judicial - persona - bioética - ministerio público - constitución nacional - tratados y convenios - derechos humanos - delitos contra las personas - patria potestad - corte suprema de la nación - organismos internacionales - hospitales y sanatorios - médico

(1) Hemos parafraseado el título del boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 676, del 26-3-10, elaborado por la Lic. Mónica Del Río, Aborto en Chubut: un indefenso sin defensor.

(2) C1ª Crimen Bariloche, “N., R. F. s/abuso sexual s/incidente solicitud interrupción embarazo s/apelaciones”, causa N° A1-2010-3736, 14-4-10.

(3) a) Convención sobre los Derechos del Niño: arts. 1º, 6º, 19, 24 y declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado: “Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad”. Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos): art. 1, 3, 4, 6. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: art. 11.2.a y d. y 12.2.

(4) Considerando N° 12 del voto de la mayoría. “Portal de Belén” del 5-3-02; Fallos 325:292, también publicado en JA 2002-III-472, RDF 2002-21-187, LL 2002-B, 520.

(5) Considerando N° 10 del voto de la mayoría, “Portal de Belén”.

(6) Considerando N° 4 del voto de la mayoría, “Portal de Belén”.

(7) Ver juristas que avalan esta postura en Quintana, Eduardo M., Control judicial en la fecundación asistida, ED, 163-229.

(8) Conf. Morelli, Mariano G., El hombre y la bioética. La vida humana y los tratados internacionales de derechos humanos, en Persona, Sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política, AA.VV., Camilo Tale (dir.), Córdoba, Edit. del Copista, Biblioteca Jurídica, 1998, pág. 80.

(9) La ley nacional 26.061 establece la creación, modo de elección, duración en el cargo, y funciones específicas a desarrollar por el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (conf. Capítulo III). La Dra. Basset ha señalado en diversas publicaciones los excesos en que ha incurrido esta ley respecto de “la pretendida ‘competencia administrativa’ de la ley 26.061, (que) no rige en ninguna provincia, ni podría hacerlo sin la adhesión de las Provincias, porque sería un atropello al federalismo (...) Adviértase que el decreto reglamentario 415/06 hubo de corregir este exceso de la ley 26.061 (ver, por ejemplo, el art. 29 del decreto 415/06: ‘El principio de efectividad debe observar el respeto por el reparto de competencias entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ (...)) Lo cierto es que la ley 26.061 no sólo no derogó jamás el Ministerio Público de menores e incapaces (cuando pudo haberlo hecho, ya que derogó la ley de patronato), sino que, más aún, lo presupone, como explícitamente surge del decreto reglamentario de dicha ley, que acabamos de citar (art. 27, decreto reglamentario 415/06)” (las bastardillas son nuestras). Basset, Ursula C., Otra inaceptable embestida contra los niños. Acerca del proyecto de abrogar el Ministerio Pupilar, ED, 230-935.

(10) D’Antonio, Daniel H., Actividad jurídica de los menores de edad, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, pág. 13.

(11) Conf. D’antonio, Daniel H., ibidem, pág. 14.

- (12) En lo concerniente a la capacidad, el Código Civil argentino distingue entre la aptitud para ser titular de un derecho (capacidad de derecho) y la posibilidad de ejecutar el derecho (capacidad de hecho). En tanto la primera es propia de toda persona, sólo en relación con la capacidad de ejercicio es donde encuentra significación el estado de minoridad. Conf. D'antonio, Daniel H., *ibidem*, pág. 17.
- (13) Conf. Bach de Chazal, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino: análisis del Código Penal argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional*, Buenos Aires, *El Derecho*, 2009, pág. 27, nota 28.
- (14) Conf. D'antonio, Daniel H., *Actividad jurídica...*, cit., págs. 36-37.
- (15) Conf. D'antonio, Daniel H., *ibidem*, pág. 39.
- (16) Conf. Pugliatti, Salvatore, *Studia sulla rappresentanza*, Milano, 1965, s/edit., pág. 217. Cit. por D'Antonio, Daniel H., *Actividad jurídica...*, cit., pág. 41.
- (17) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil. Sujetos del proceso*, 5ta. reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, págs. 588 y 589.
- (18) Conf. Gilardenghi, Anibal, *La defensa pública oficial en Argentina, ponencia presentada en el Primer encuentro de la Defensa Pública Oficial Argentina*, desarrollado en Córdoba, 2003.
- (19) Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, Santa Fe, Exp. N° 10.697, 6-8-08, en <http://www.notivida.org/>.
- (20) Scala, Jorge, *Algunos derechos constitucionales de los padres respecto de sus hijos menores*, ED, 180-1552.
- (21) Basset, Ursula, *Acerca de la nueva tendencia de que las abuelas pidan autorización para que sus hijas aborten a sus nietos. Consideraciones jurídicas acerca de la grave ilegitimidad de estos procedimientos*, ED, 224-833.
- (22) “Salvo una escandalosa omisión en la Suprema Corte de Buenos Aires (...) se trató del caso R. L. M., en el que se trataba de una menor violada, cuyo aborto procuraba su madre (en otro caso en el que ésta carecía de legitimación, por tener intereses encontrados con la menor encinta). La Asesoría de Menores no apeló el fallo de la SCBA que dispuso el aborto, en un hecho escandaloso que motivó una denuncia posterior. Ver: ‘R. L. M. o persona por nacer’, SCBA, 6-9-06, Lexis N° 35003985”. Basset, Ursula C., *Otra inaceptable...*, cit., ED, 230-935.
- (23) “Tanus, Silvia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, CS, 11-1-01.
- (24) Conf. Marrama, Silvia, *¿La Corte autorizó el aborto en caso de anencefalia? Análisis del caso “Tanus, Silvia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (CS 11-1-01)”*, en *Revista Duc In Altum de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná*, N° 9, diciembre de 2004.
- (25) “No trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es -para excluir la protección de su vida- persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida. En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura -dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir” (cons. 13, voto de la mayoría).
- (26) CS, 27-11-86, “S., J. B. c. Z. de S., A. M.”, LL, 1986-E-648.
- (27) Si bien nuestro sistema jurídico no se basa en el de los Estados Unidos, lo tomamos como ejemplo para mostrar la fuerza de los precedentes jurisprudenciales. Allí se describe a la Corte como el “último forum de principios”. Según esta teoría, “el Poder Ejecutivo y la Legislatura siempre están preocupados por cuestiones de corto plazo y por compromisos coyunturales. Solamente los jueces, en cambio, tienen la distancia necesaria para elaborar cuidadosamente los valores morales de la sociedad y fundar principios generales aplicables a una variedad de casos”. Conf. Miller, Jonathan M. - Gelli, María Angélica - Cayuso, Susana, *Constitución y poder político: jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 1995, t. 2, pág. 1089.
- (28) Es muy importante advertir que, en el plano teórico, se puede distinguir claramente entre la despenalización y la legalización. Sin embargo, en la práctica se confunden. Esta confusión se da entre las personas que no son versadas en el derecho penal, incluso a nivel periodístico y -lo que es más grave- a nivel judicial en nuestro país con los supuestos despenalizados de aborto del art. 86 del cód. penal. Sin perjuicio de la distinción teórica, respecto de sus efectos prácticos la despenalización del aborto se asimila a su legalización, puesto que es tomada como una autorización (tal como ha sido utilizada en varios casos jurisprudenciales), no sólo para la mujer, sino también para los médicos, personal sanitario e instituciones de la salud. Al respecto, a modo de ejemplo cita el Dr. Herrera la causa 98.830, “R., L. M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’” de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, respecto de la autorización de un aborto de una mujer deficiente mental que habría sido violada y que en su parte resolutive dice: “Declarar que a) la aplicación del art. 86, inc. 2º del cód. penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L. M. R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar”. En otras palabras, más allá de que no sea punible penalmente y de que no requiera autorización judicial, tampoco se puede impedir su práctica en el caso de que todavía no se hubiera realizado y además al final el fallo ordena que se disponga todo lo que sanitariamente se necesite para realizarlo. Con lo cual lo no punible en teoría, se transforma en permitido en la práctica. Conf. Herrera, Daniel A., *La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la Evangelium Vitae*, *El Derecho, Serie Especial Política Criminal del 7-7-08*, N° 12.043.
- (29) *Diario Clarín del 11-1-01, Sociedad: el polémico caso de un feto que sufre anencefalia y no tiene posibilidad de sobrevivida.*
- (30) Entre las “diez recomendaciones acerca de cómo argumentar un caso frente a un Tribunal”, Carrió pone en primer lugar la siguiente: “Tratar siempre de ver las cartas del adversario”, es decir, entrevistar al magistrado y, so pretexto de pedirle celeridad o que estudie bien el asunto, resaltarle oralmente los puntos salientes de su argumentación. Sostiene que “nuestro procedimiento no es en rigor ni oral ni escrito sino “conversado”. Conf. Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- (31) The Committee said it was concerned (...) that medical practitioners were dissuaded from practicing abortion without judicial authorization even if there was a risk for the health of the mother or in the event of pregnancy after rape of a mentally handicapped woman (...) Among other things, the Committee recommended that the law on abortion be amended so as to authorize abortion in all cases of pregnancy following a rape, Press Release, HR/CT/589, Human Rights Committee Concludes Seventieth Session, 3 November 2000.
- (32) Conf. Bach de Chazal, Ricardo, *Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en www.eldial.com.
- (33) STJ, sala Civ. y Com., 20-9-07, “Defensora de P. y M. N° 2 (en Repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona”, en www.deltaeditora.com.ar.
- (34) *Declaración de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Sede Paraná*, en *El Diario de Paraná*, 8-9-07.
- (35) Conf. Hernández, Héctor H., *Salvar vidas con el derecho penal (Testimonio)*, *El Derecho, Serie Especial Política Criminal del 8-9-05*.
- (36) C1ª Crimen Bariloche, “N. R. F. s/abuso sexual s/incidente solicitud interrupcion embarazo s/apelaciones”, causa N° A1-2010-3736, 14-4-10.
- (37) Conf. boletín electrónico “Notivida”, elaborado por la Lic. Mónica Del Río, Año X, N° 676, del 26-3-10, titulado *Aborto en Chubut: un indefenso sin defensor*.
- (38) Se refiere al caso “A.G.”, ocurrido días antes en la Provincia de Chubut, practicándose el aborto en el mismo Centro Materno Infantil de Trelew a una joven de 15 años y 20 semanas de gestación, aun cuando la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia que concedió la “autorización” no se encontraba firme, ya que la Corporación de Abogados Católicos había planteado un recurso extraordinario. Conf. Boletín electrónico “Notivida”, elaborado por la Lic. Mónica Del Río, Año X, N° 675, del 23-3-10, *Abortos en Chubut*. Política del hecho consumado para la aniquilación de inocentes.
- (39) Presentado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Expediente 2217-D-2008, firmado por los Dip. García Méndez, Caamaño, Comelli, Giannettasio, Di Tullio, Gorbacz, Benas, Rossi, Donda, Carlotta, Macaluse y González.
- (40) Basset, Ursula C., *Otra inaceptable...*, cit.

