

CUANDO LA DOCTRINA LEGAL PROPUGNADA DILUYE UNA MARAVILLOSA OPORTUNIDAD DE HONRAR LA VIDA DE DOS NIÑOS¹

Anaía G. Pastore.

Sinopsis: I.- Breve reseña del caso y delimitación del análisis propuesto. A) *El caso*. B) *Delimitación del análisis*. II.- **La salud y la vida de T.N.** A) *El abuso sexual intrafamiliar y la actitud asumida por la madre y los médicos hospitalarios*. B) *Daño psicofísico provocado por el abuso sexual intrafamiliar reiterado + Daño psicofísico provocado por el aborto = Violencia + Violencia*. C) *Violación, embarazo y valoración del mayor bienestar de la niña víctima*. D) *Efectos del aborto en la salud psicofísica de la mujer*. III.- **La vida del nasciturus.** A) *La protección de la familia y la concepción no consensuada*. B) *Derecho a la vida e igualdad*. C) *Cuando la doctrina legal o las convicciones personales ponen en jaque una vida indefensa*. D) *Supuestos no punibles e inexistencia de un “derecho al aborto”*. IV.- **Reflexiones finales.**

I.- Breve reseña del caso y delimitación del análisis propuesto.

A) *El caso*².

T.N. es una niña de 17 años que durante los últimos seis fue víctima de abuso sexual crónico intrafamiliar, coerción y ejercicio de poder sobre su persona que, según los informes psicológicos aportados por el Hospital donde era atendida y el forense, se encuentra en la última etapa del síndrome evidenciada en una postura de acomodación a la victimización reiterada transitando un embarazo de 11 semanas de gestación al momento de iniciado el incidente de solicitud de interrupción del embarazo, aparentemente consecuente con la situación de abuso denunciada.

¹ Publicado en El Derecho, 12/07/2011.

² “N., R. F. s/ Abuso sexual s/ Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/ Apelaciones s/ Casación”, Expte. Nro. 24619/10, STJ, 11/05/2011.

El 26/03/2010 fue iniciado el incidente de solicitud de interrupción del embarazo de T.N. impulsado por la madre de la niña y el Defensor de Menores e Incapaces que ejerció su representación promiscua.

Al *nasciturus* no le fue designado tutor especial no obstante la evidente colisión de intereses con su representante legal, circunscribiéndose su defensa a la representación promiscua ejercida por la Defensora de Menores e Incapaces que por turno correspondía.

El 29/03/2010 la directora del Hospital de Área El Bolsón informó sobre la salud psíquica de T.N. y la edad gestacional del *nasciturus*.

Al día siguiente, el magistrado tuvo una audiencia con T.N. y su madre en la que la niña manifestó su voluntad de interrumpir el embarazo.

El 05/04/2010 el Juez de Instrucción, luego de sostener que en los casos contemplados en el art. 86, 2do. párrafo, incs. 1ro. y 2do. del C.P. no se requería autorización judicial para proceder a la interrupción del embarazo, contradictoriamente dispuso autorizar el aborto declarando que el caso encuadraba en el supuesto no punible previsto en el art. 86, inc. 2do. del C.P.

La Defensora de Menores e Incapaces, representante promiscua del *nasciturus*, interpuso recurso de apelación concedido con efecto suspensivo dando lugar al auto interlocutorio de fecha 14/04/2010 de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche que declaró la nulidad de la resolución impugnada.

Contra dicha decisión, el Defensor de Menores e Incapaces, en ejercicio de la representación promiscua de T.N., interpuso recurso de casación que fue declarado admisible en ambas instancias y resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 11/05/2011.

Inexplicablemente, la interrupción del embarazo se había perpetrado el 08/04/2010 omitiéndose instruir a las autoridades sanitarias para que, consecuente con la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, se paralizaran o detuvieran las prácticas quirúrgicas tendientes a terminar con la gravidez de T.N.

B) Delimitación del análisis.

Nuestro análisis se ciñe a la información fáctica y a la argumentación jurídica, reseñada y esbozada, respectivamente, en la resolución referida del STJ.

Sobre ese basamento proponemos un enfoque que destaca importantes y trascendentes omisiones cuya consideración sustentada en investigaciones científicas prueba que la decisión judicial no sólo ha vulnerado injustificadamente la vida del nasciturus sino también y de modo igualmente irreversible la salud y la vida de la niña.

II.- La salud y la vida de T.N.

A) *El abuso sexual intrafamiliar y la actitud asumida por la madre y los médicos hospitalarios.*

Desde los 11 años y durante los últimos seis T.N. fue víctima de abuso sexual crónico intrafamiliar. Si bien del informe de la Directora del Hospital Área El Bolsón surge que el padre fue quien la embarazó ello resultó contrariado por el análisis genético del embrión y los restos placentarios expulsados luego de la interrupción del embarazo.

Durante todo ese tiempo su madre no mostró signo alguno de alarma ante la situación de abuso sexual intrafamiliar que padecía su hija, actitud que se vio modificada sólo frente al embarazo de T.N.

La madre asumió entonces la denuncia del estado de gravidez de su hija consecuente con el abuso solicitando la interrupción del embarazo. Según el informe referido *ut supra* esgrimió su temor del suicidio en relación a la continuidad del embarazo, circunstancia que fue ponderada al momento de valorar la salud psíquica de T.N.

Creemos importante destacar que en la audiencia en la que la niña reiteró al magistrado su voluntad de interrumpir el embarazo se encontraba también presente su madre, quien durante seis años se mantuvo consuetudinariamente indiferente ante los abusos sexuales que sufría su hija en el seno de su propia familia.

Esto adquiere particular relevancia cuando se confronta con la afirmación de que en la fase crónica prima el comportamiento asociado al síndrome de acomodación a la victimización reiterada siendo habitual que la niña se vea presionada 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.

Por otra parte, se afirma que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible (voto del Dr. Balladini) cuando justamente al momento de resolver el padre estaba sospechado de ser, a su vez, el padre del *nasciturus* en tanto que la madre no había podido proteger a su hija de sus victimarios del abuso sexual intrafamiliar pareciendo haber comenzado a preocuparse por su salud sólo cuando supo que estaba embarazada y con la única advertida finalidad de obtener la autorización judicial para la interrupción del embarazo.

Asimismo, resulta inexplicable que de acuerdo a los antecedentes médicos registrados en el Hospital donde la niña era atendida constara su situación de víctima de abuso sexual intrafamiliar sin que de tal constatación médica se derivara oportunamente la denuncia penal correspondiente ni las consecuentes medidas urgentes tendientes al resguardo de la integridad psicofísica de la niña.

En suma, T.N. fue sexualmente abusada en el seno de su familia durante seis años sin que nadie denunciara tal situación en resguardo de su salud y su vida, surgiendo recién cuando se certifica su embarazo un sugestivo y ferviente interés de su madre y la institución hospitalaria por su bienestar psicofísico.

B) Daño psicofísico provocado por el abuso sexual intrafamiliar reiterado + Daño psicofísico provocado por el aborto = Violencia + Violencia.

No hay duda que el abuso sexual intrafamiliar del que durante seis años fue víctima T.N. le causó grave daño psicofísico. Como esta circunstancia ha sido suficientemente acreditada y valorada en la causa no ahondaremos sobre la comprobación científica del impacto que esta situación provoca en las víctimas menores de edad.

Lo que sí destacaremos, una vez más, es que la niña se encontraba en una fase crónica del síndrome de acomodación a la victimización reiterada en la que es habitual que se vea presionada 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.

Esto se torna aún más significativo si consideramos que quien la acompaña en el proceso de solicitud de la interrupción de su embarazo es su propia madre, la misma que durante todos esos años que fue victimizada, cuando más necesitaba de su cuidado y protección, no la resguardó de sus agresores intrafamiliares.

¿Puede ciertamente afirmarse que la niña consintió la interrupción de su embarazo a sabiendas del impacto que esa decisión tendría en su vida?

A pesar que la mayoría de las personas creen que el aborto ayudará a la víctima de violación a dejar atrás y superar la agresión para poder continuar con su vida, la evidencia prueba que la interrupción del embarazo no es producto de una decisión tomada por la víctima con discernimiento y libertad; por el contrario, muchas veces se ve presionada por sus familiares más cercanos y hasta, en ocasiones, por su propio agresor que ve en el aborto un modo de encubrir su delito para continuar perpetrando la agresión sexual. Por otra parte, el aborto provoca un daño psicofísico mayor que acentúa y profundiza el trauma causado por la agresión sexual.³

En este contexto, la interrupción del embarazo es para la víctima una nueva situación de violencia a la que, en la mayoría de los casos, fue presionada a aceptar viciando su consentimiento.

Y qué decir cuando el consentimiento lo brinda su representante legal, como en el caso lo ha hecho la madre por ser la niña menor de edad.

Cómo explicar entonces que no se haya siquiera considerado de qué modo influiría en la afectada salud psicofísica de la niña la provocación del aborto y que, en cambio, se haya resuelto en tan sólo trece días la interrupción de un embarazo que, según se ha demostrado científicamente, genera en sí mismo graves daños psicofísicos en las mujeres que han abortado, y que en el caso se adicionarían a las huellas dejadas por los reiterados años de abuso.

³ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", The Post-Abortion Review 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

C) *Violación, embarazo y valoración del mayor bienestar de la niña víctima.*

Como lo señaláramos anteriormente, es habitual que las personas crean, imbuidas de prejuicios y temores propios, que la mejor opción para las víctimas de violación que resultan embarazadas es la interrupción de ese embarazo. Sin embargo, los testimonios de quienes han pasado por semejante situación traumática prueban que cuando se transita realmente en la vida por esa experiencia la valoración sobre las alternativas suele ser muy distinta a lo que se podía pensar.⁴

En un estudio realizado sobre mujeres embarazadas víctimas de violación, la Dra. Sandra MAHKORN encontró que entre el 75 y el 85% no interrumpieron sus embarazos.⁵ Estos datos son muy semejantes al 73% de nacimientos registrados en otra investigación más reciente efectuada sobre 164 mujeres víctimas de abuso sexual que resultaron embarazadas.⁶

Contrariamente a la idea de que el aborto ayudará a la víctima de violación a dejar atrás el abuso y continuar con su vida, la evidencia muestra que la interrupción del embarazo no es una solución mágica sino, muy por el contrario, es experimentada como una situación estresante y frecuentemente traumática que deja profundas y dolorosas huellas en la vida de la mujer.⁷

Por otro lado, muchas de las mujeres que habían optado por el aborto señalaron que se sintieron presionadas o fueron fuertemente influenciadas por miembros de su familia o del cuerpo de profesionales de la salud para interrumpir el embarazo.⁸

En casi todos los casos de incesto son precisamente los padres de la niña abusada y hasta su victimario quienes deciden y arreglan el aborto.⁹

⁴ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

⁵ MAHKORN, Sandra, "Pregnancy and Sexual Assault," *The Psychological Aspects of Abortion*, eds. Mall & Watts: Washington, D.C., University Publications of America, 1979, pp. 55-69.

⁶ *Victims and Victors: Speaking Out About Their Pregnancies, Abortions and Children Resulting From Sexual Assault.*

⁷ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

⁸ *Victims and Victors: Speaking Out About Their Pregnancies, Abortions and Children Resulting From Sexual Assault.*

⁹ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

Mientras muchos creen que el aborto ayudará a la víctima de violación a resolver más rápidamente el trauma causado por el abuso, la mayoría de las mujeres que interrumpieron sus embarazos reportaron que el aborto había acentuado sus sentimientos traumáticos asociados al abuso sexual, adicionando un segundo trauma a la violación.¹⁰ Por tal motivo, las mujeres con un historial de abuso sexual son más propensas a experimentar una mayor angustia durante y después del aborto que otras mujeres.¹¹

Las investigaciones también muestran que las mujeres que abortan y las que son víctimas de violación frecuentemente describen sentimientos similares de depresión, culpa, baja autoestima y resentimiento hacia los hombres.¹²

La interrupción del embarazo esconde el verdadero problema, es un medio rápido y fácil de eludir el compromiso social y estatal para con las verdaderas necesidades emocionales, sociales y económicas de la víctima.¹³

Antes de pretender justificar la interrupción del embarazo consecuente con el abuso sexual y el incesto, deberían sopesarse las experiencias reales vividas por las víctimas que abortaron y aquellas otras que criaron a sus hijos concebidos en la violación.¹⁴

En los casos en que a la violación se suma el incesto, los estudios muestran que cuando las víctimas abortan ello casi nunca es producto de una decisión realmente voluntaria. En lugar de experimentar al embarazo como no deseado, la víctima es más propensa a percibir el nacimiento de su hijo como la oportunidad de exponer el abuso sexual al que era sometida. También suele sentirse al embarazo como la oportunidad de criar un hijo con quien poder entablar una verdadera relación afectuosa, radicalmente

¹⁰ *Victims and Victors: Speaking Out About Their Pregnancies, Abortions and Children Resulting From Sexual Assault.*

¹¹ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

¹² REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

¹³ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

¹⁴ REARDON, David C., *Aborted Women, Silent No More*, Chicago, IL: Loyola University Press, 1987, p. 206.

diferente a aquella de sometimiento y abuso en la que se encontraba atrapada.¹⁵

Como resulta lógico, el embarazo se trasluce como una verdadera amenaza para el abusador y para el resto de la familia involucrada de modo patológico como testigos silenciosos e indiferentes del abuso. Consecuentemente, es habitual que la víctima se vea obligada o forzada a un aborto indeseado, sea por la coerción ejercida por su victimario o por los demás miembros de la familia.¹⁶

D) Efectos del aborto en la salud psicofísica de la mujer.

Las adolescentes tienen seis veces más probabilidades de intentar suicidarse cuando han tenido un aborto en los últimos seis meses¹⁷, y cuatro veces más posibilidades de cometer suicidio en comparación con mujeres adultas que han abortado.¹⁸ Por su parte, las mujeres que han abortado tienen seis veces más probabilidades de suicidarse que aquellas que han llevado su embarazo a término.¹⁹

Las adolescentes que han abortado son más propensas a padecer problemas psicológicos²⁰ y tienen tres veces más probabilidades de requerir asistencia en institutos de salud mental que las adolescentes en general.²¹

¹⁵ REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

¹⁶ MARBELLA, Jean, "Satisfactory explanations of sex crime proved elusive," *Baltimore Sun*, Oct. 31, 1990; THOMPSON, M. Dion, "GBMC, doctor suspected nothing amiss," *Baltimore Sun*, Oct. 31, 1990; "Family Horror Comes to Light in Story of Girls Raped by Father," *Baltimore Sun*, November 4, 1990; SÁNCHEZ, Raymond L., "Mother Sentenced in Rape Case," *Baltimore Sun*, Dec. 6, 1990. Todos citados en REARDON, David C., "Rape, Incest and Abortion: Searching Beyond the Myths", *The Post-Abortion Review* 2 (1) Winter 1993, Elliot Institute.

¹⁷ GARFINKEL et al., "Stress, Depression and Suicide: A Study of Adolescents in Minnesota," *Responding to High Risk Youth*, U. of Minnesota: Minnesota Extension Service, 1986.

¹⁸ GISSLER et. al., "Suicides After Pregnancy in Finland: 1987-94: register linkage study," *British Medical Journal*, 313: 1431-1434, 1996; CAMPBELL et. al., "Abortion in Adolescence," *Adolescence*, 23:813-823, 1988.

¹⁹ GISSLER, op. cit.; GISSLER, "Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987-2000," *European J. Public Health* 15(5):459-63, 2005; REARDON et. al., "Deaths Associated With Pregnancy Outcome: A Record Linkage Study of Low Income Women," *Southern Medical Journal* 95(8):834-41, Aug. 2002.

²⁰ FRANZ and REARDON, "Differential Impact of Abortion on adolescents and adults," *Adolescence*, 27 (105), 172, 1992.

²¹ SOMERS, "Risk of Admission to Psychiatric Institutions Among Danish Women Who Experienced Induced Abortion: An Analysis Based on National Report Linkage", Ph.D. Dissertation, Los Angeles: University of California, 1979, Disseration Abstracts International, Public Health 2621-B, Order No. 7926066.

Las jóvenes que interrumpieron sus embarazos no deseados tienen cinco veces más probabilidades de solicitar ayuda por problemas psicológicos y emocionales en comparación con sus pares que han llevado sus embarazos a término. Asimismo, tienen tres veces más probabilidades de padecer problemas de sueño y nueve veces más posibilidades de abuso de marihuana después del aborto.²²

Por su parte, son más propensas a abortar a causa de la presión ejercida por sus padres.²³ El 64% de las mujeres que interrumpieron sus embarazos reportaron que se sintieron presionadas por otros a hacerlo.²⁴

Comparado con las mujeres que llevan su embarazo a término aquellas que abortan tienen un riesgo más elevado de morir por otras causas durante los siguientes ocho años posteriores al aborto, siendo las más habituales el suicidio y los accidentes.²⁵

La tasa de suicidios entre las mujeres que han abortado es seis veces más elevada que entre aquellas que dan a luz.²⁶

En un estudio donde se compararon mujeres estadounidenses y rusas que habían experimentado un aborto, el 65% de las americanas habían evidenciado múltiples síntomas de desorden por estrés post traumático atribuido al aborto, el 64% reportaron haber sido presionadas por otros a abortar y el 84% manifestó no haber recibido información adecuada.²⁷

En otra investigación de 5.877 mujeres se constató que aquellas que habían abortado tenían un riesgo mayor a padecer diferentes desórdenes mentales, incluyendo desórdenes de ansiedad (ataques de pánico,

²² COLEMAN, "Resolution of Unwanted Pregnancy During Adolescence Through Abortion Versus Childbirth: Individual and Family Predictors and Psychological Consequences," *Journal of Youth and Adolescence*, 2006.

²³ BARGLOW and WEINSTEIN, "Therapeutic Abortion During Adolescence: Psychiatric Observations," *Journal of Youth and Adolescence*, 2(4):33, 1973.

²⁴ RUE et. al., "Induced abortion and traumatic stress: A preliminary comparison of American and Russian women," *Medical Science Monitor* 10(10): SR5-16, 2004.

²⁵ REARDON, D. C. et. al., "Deaths Associated With Pregnancy Outcome: A Record Linkage Study of Low Income Women," *Southern Medical Journal* 95(8):834-41, Aug. 2002.

²⁶ GISSLER, M. et. al., "Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987-2000," *European J. Public Health* 15(5):459-63, 2005.

²⁷ RUE, V. M. et. al., "Induced abortion and traumatic stress: A preliminary comparison of American and Russian women," *Medical Science Monitor*10(10): SR5-16, 2004.

agorafobia, desorden por estrés post traumático), del ánimo (bipolaridad, manía, depresión mayor) y abuso de sustancias.²⁸

En Nueva Zelanda, concordantemente, un estudio mostró que luego de un aborto las mujeres tenían 30% más probabilidades de experimentar abuso de sustancias, pensamientos suicidas, desórdenes de ansiedad y depresión mayor. En tanto que no se registraron aumentos en el riesgo de padecer enfermedades mentales entre las mujeres que habían llevado a término un embarazo inesperado, tampoco había evidencia alguna de que el aborto ofreciera algún beneficio a la salud mental de la mujer.²⁹

En otra investigación realizada en el mismo país se reportó que el 42% de la mujeres con un historial de abortos habían experimentado mayor depresión en los últimos cuatro años representando el doble de la tasa de mujeres que no estuvieron embarazadas y el 35% más que las mujeres que llevan a término su embarazo.³⁰

Investigadores que han comparado mujeres sin antecedentes de trastornos de ansiedad y que habían experimentado un primer embarazo inesperado, encontraron que el 30% de las mujeres que habían abortado tenían mayores probabilidades de padecer síntomas asociados con desorden de ansiedad generalizado.³¹

Las mujeres que abortan tienen cinco veces más probabilidades de experimentar abuso de drogas y alcohol que aquellas que dan a luz.³²

En el primer estudio en el que se comparó la incidencia del abuso de sustancias entre mujeres que tuvieron un embarazo no querido, se pudo comprobar que entre aquellas que habían abortado se había registrado una

²⁸ COLEMAN, P. K. et. al., "Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: Isolating the effects of abortion in the national comorbidity survey," *Journal of Psychiatric Research* doi:10.1016/j.psychires.2008.10.009, 2008.

²⁹ FERGUSSON, D. M. et. al., "Abortion and mental health disorders: evidence from a 30-year longitudinal study," *The British Journal of Psychiatry*, 193: 444-451, 2008.

³⁰ FERGUSSON, D. M. et. al., "Abortion in young women and subsequent mental health," *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 47(1):16-24, 2006.

³¹ COUGLE, J.R., REARDON, D.C., COLEMAN P.K., "Generalized Anxiety Following Unintended Pregnancies Resolved Through Childbirth and Abortion: A Cohort Study of the 1995 National Survey of Family Growth," *Journal of Anxiety Disorders* 19:137-142, 2005.

³² REARDON, D. C., NEY, P.G., "Abortion and Subsequent Substance Abuse," *American Journal of Drug and Alcohol Abuse* 26(1):61-75, 2000.

mayor tasa de abuso de marihuana, alcohol y cocaína dentro de los cuatro años posteriores a la interrupción del embarazo.³³

Numerosas investigaciones han demostrado que las víctimas de situaciones traumáticas frecuentemente experimentan trastornos del sueño. Entre ellos, se ha encontrado que las mujeres sin antecedentes de problemas de sueño que han abortado son dos veces más propensas a ser tratadas por estos desórdenes dentro de los 180 días posteriores a la interrupción del embarazo.³⁴

Un estudio recabado sobre el registro médico de 56.741 pacientes del sistema médico californiano reveló que las mujeres que habían abortado tenían 160% más probabilidades que aquellas que habían dado a luz de ser hospitalizadas para recibir tratamiento psiquiátrico durante los primeros 90 días posteriores al aborto o el parto.³⁵

Fue también demostrado que el número de mujeres que sufren de trastornos psicológicos en virtud de reacciones emocionales negativas al aborto podría verse dramáticamente disminuido si los profesionales médicos les informaran sobre todos los factores de riesgo lo cual redundaría en una reducción de abortos.³⁶

Las adolescentes que abortaron embarazos no deseados son cinco veces más propensas a requerir asistencia por problemas psicológicos y emocionales en comparación con sus pares que han dado a luz, en tanto que son tres veces más propensas a reportar trastornos de sueño y tienen nueve veces más probabilidades de experimentar abuso de marihuana.³⁷

Las investigaciones son concluyentes. Como resulta suficientemente acreditado con esta reseña el aborto provoca serios y graves daños

³³REARDON, D.C., COLEMAN, P.K., and COUGLE, J.R., "Substance use associated with unintended pregnancy outcomes in the National Longitudinal Survey of Youth," *American Journal of Drug and Alcohol Abuse* 26(1):369-383, 2004.

³⁴ REARDON, D.C. and COLEMAN, P.K., "Relative Treatment Rates for Sleep Disorders and Sleep Disturbances Following Abortion and Childbirth: A Prospective Record Based-Study," *Sleep* 29(1):105-106, 2006.

³⁵ REARDON, D.C. et. al., "Psychiatric Admissions of Low-Income Women Following Abortions and Childbirth," *Canadian Medical Association Journal* 168(10), 2003.

³⁶ REARDON, D.C., "The Duty to Screen: Clinical, Legal, and Ethical Implications of Predictive Risk Factors of Post-Abortion Maladjustment," *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 20(2):33-114, Spring 2004.

³⁷ COLEMAN, P.K., "Resolution of Unwanted Pregnancy During Adolescence Through Abortion Versus Childbirth: Individual and Family Predictors and Psychological Consequences," *Journal of Youth and Adolescence* (2006).

psicofísicos en las mujeres que se ven acentuados en los casos de víctimas adolescentes.

III.- La vida del *nasciturus*.

A) La protección de la familia y la concepción no consensuada.

En la sentencia en análisis se esgrime la protección a la familia y la consagración de la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana, comprensivo del bienestar psicofísico y espiritual, interrogándose si el *nasciturus* tiene estos derechos o es sólo para los que nacen muertos, entendiendo que si naciera vivo tendría que tener una familia, cuestionándose si podría quien es denunciado como violador cumplir la función de padre.

Se agrega que nadie puede concebir válidamente sin consentimiento de la otra parte y que el hijo por nacer tiene derecho a una familia, a conformarla, a tener un padre, que no podría ser uno que actuara por la fuerza. Se entiende que no se puede concebir por la fuerza y el acto consumado contra la voluntad de la víctima no es válido, afirmando que esta es la argumentación más fuerte para romper cualquier tensión.

Ciertamente ardua es la tarea de comprender el sentido de estas expresiones si bien, literalmente, pareciera que lo que se propugna es sumar a la justificación de la interrupción del embarazo resultante de una violación el argumento de que ese niño vería vulnerado su derecho a una familia pues carecería de padre ya que quien lo concibió actuó por la fuerza invalidando la violencia el acto mismo de la concepción.

Lo que sí resulta claro es que tamaña argumentación se evidencia como groseramente contraria al principio de igualdad y no discriminación dando lugar a dos categorías de personas, unas con “mayor derecho a vivir” que otras, aquellas concebidas voluntariamente por sus progenitores y aquellas otras desafortunadas por ser su concepción fruto de una violación. Del mero esbozo de esta disparatada idea resalta la aberración de su pensamiento.

Todo niño tiene derecho a nacer y desarrollarse en el seno de una familia integrada por su mamá y su papá. Ocurre que en ocasiones, frente a situaciones extraordinarias y, afortunadamente, excepcionales como las del

caso en análisis, sus progenitores no pueden brindarle esa familia que necesita recobrando entonces trascendencia la intervención estatal a través de la asistencia médica, social y financiera de la madre que decide llevar a término su embarazo, o asesorándola y acompañándola en el proceso de adopción cuando ésta es la opción elegida.

Pero en modo alguno la intervención asistencial del Estado en situaciones traumáticas como ésta puede circunscribirse a facilitarle a la víctima una vía rápida para abortar sin siquiera haberle previamente informado sobre las consecuencias psicofísicas de su decisión.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico positivo argentino protege y garantiza la vida desde el momento de la concepción así como también la igualdad de todas las personas. Ambos, la vida y la igualdad son derechos con jerarquía constitucional³⁸.

Si bien no pocas veces se debatió, no sólo en el ámbito jurídico, sobre el significado del término “concepción”, importando sus diversas respuestas distintos momentos para la determinación del comienzo de la vida humana, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha clausurado definitivamente cualquier posible controversia doctrinaria al respecto sosteniendo que concepción coincide con fecundación, esto es, la unión del óvulo y del espermatozoide.³⁹

De allí que podamos afirmar que el resguardo constitucional de la vida no se halla condicionado por la circunstancia de que la concepción haya sido o no consensuada, resultando que el explícito reconocimiento normativo constitucional del derecho a la vida desde el mismo momento de la concepción, es decir, desde la fecundación, se encuentra protegido y garantizado para todas las personas por igual.

B) Derecho a la vida e igualdad.

³⁸ CONSTITUCION NACIONAL, arts. 16, 18 y 77, inc. 22 y 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberos del Hombre, arts. I, II, VII y XXX; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2.1, 3 y 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4.1 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.1, 24.1 y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1, 2.1, 3.1 y 6.1.

³⁹ CSJN, in re “Portal de Belén –Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, 05/03/2002.

El sistema de protección de los derechos humanos se fue desarrollando en forma lenta y progresiva, en tanto conquista del individuo contra el Estado quien ha ido enfrentando de esta forma una real limitación a su soberanía. La progresividad es una de las características fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos e implica una toma de posición del hombre frente al Estado, en su lucha por acotar y racionalizar el poder.⁴⁰

La tensión progresista, que dilatava el ámbito de atribución de la personalidad, se aplicó posteriormente al logro de una efectiva igualdad de derechos entre los nacidos, descartando discriminaciones por razón de sexo, color o incluso credo religioso. La abolición de la esclavitud constituyó un hito en la historia de la humanidad, precisamente porque parecía poner fin a la posibilidad de que un sujeto fuera tratado como un objeto o una persona como una cosa.⁴¹

Indudablemente, expresiones como las analizadas en el acápite anterior continúan marcando un contrapunto de indiscutible frustración en este positivo proceso.

Resulta elocuente que la misma era que se ufana de haber logrado el universal reconocimiento de que todos los nacidos son iguales en derechos, contempla impasible la más drástica discriminación de los no nacidos, a los que se niega incluso la mera titularidad de cualquiera de ellos.⁴²

No podemos pasar por alto que en este caso la vida del *nasciturus* se resolvió en menos de dos semanas, sin siquiera habersele designado un tutor especial en virtud de la notoria colisión de intereses con su representante legal.

El derecho a la vida aparece como la expresión jurídica de un valor superlativo cuya garantía de vigencia ha de ser asumida por el Estado mediante su obligación de contribuir a la efectividad de ese derecho y del valor que representa aún cuando no medie una pretensión subjetiva por parte del ciudadano o su representante.

⁴⁰ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires: EDIAR, 1991, Tomo I, pp. 24-25.

⁴¹ OLLEROS TASSARA, Andrés, "Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?", p. 346.

⁴² OLLEROS TASSARA, Andrés, "Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?", p. 346.

Esta trascendente función estatal fue palmariamente omitida en el caso pues ni siquiera se le brindó oportunidad a quien ejercía la representación promiscua del *nasciturus* para desarrollar una efectiva defensa de su vida.

C) *Cuando la doctrina legal o las convicciones personales ponen en jaque una vida indefensa.*

“Cómo sería posible asumir una conciencia pública sin aferrarse a alguna convicción personal y, si ello no fuera posible, cómo explicar que su posterior conversión en norma vinculante para los demás no implique en este caso imposición alguna.”⁴³

La doctrina legal está embebida en convicciones personales que muchas veces pueden percibirse en el trasfondo de la argumentación judicial. El caso en análisis es un claro ejemplo de ello.

No obstante que eran dos vidas las que se encontraban en juego, la judicialización del caso fue un mero formalismo en el que poco se respetó la igualdad procesal de las partes, y en el que de antemano se había decidido, sin justificación científica válida alguna, que para resguardar la vida de la niña era necesario sacrificar la del *nasciturus*.

Usualmente, se nos propone una continua equiparación de lo religioso con lo filosófico o moral, como posibles trasfondos de las decisiones públicas; se invita a una igualdad de trato, excluyendo el frecuente uso del término “convicciones” según el cual sólo el que se sirve de fuentes o motivaciones de origen religioso tendría en sentido propio “convicciones” y podría acabar imponiéndolas; los que resultan sólo deudores de “ideas filosóficas o morales” no asumirían propiamente convicciones susceptibles de ser impuestas.⁴⁴

En verdad, es muy poco honesta la actitud de quienes pretenden imponer su propio código moral mientras se autoproclaman defensores de una postura científica y neutral, ajena a cualquier opción moral.

⁴³ OLLERO TASSARA, Andrés, “La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana”, en MARCOS DEL CANO, Ana María (Coord.), *Bioética, Filosofía y Derecho*, ALDABA Nro. 32, Revista del Centro Asociado a la Uned-Melilla, 2004, p. 144.

⁴⁴ OLLERO TASSARA, Andrés, “La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana”, en MARCOS DEL CANO, Ana María (Coord.), *Bioética, Filosofía y Derecho*, ALDABA Nro. 32, Revista del Centro Asociado a la UNED, Melilla, 2004, pp. 144-145.

En estas cuestiones siempre se halla latente una opción moral: tanta relevancia moral implica la defensa de la vida humana como su subordinación a otros bienes o derechos; nos encontramos ante el juego de dos morales distintas.⁴⁵

Defender la incontaminación moral del derecho no es sino un modo – antidemocrático, en cuanto se cierra a todo debate- de moralizarlo con arreglo a un código ético que, de exhibirse ante la mayoría, sería probablemente rechazado por inmoral.⁴⁶

Afirmar que nadie debe imponer sus convicciones a los demás nos enfrenta a dos posibles interpretaciones. La primera sugeriría que es perfectamente posible convivir con los demás sin que nadie nos imponga nada, cuya consecuencia lógica sería la eliminación del derecho. La alternativa restante sería que sólo se pueda imponer a los demás aquello sobre cuya bondad o utilidad no quepa poseer convicción alguna. Se trata, entonces, de que nos autoimpongamos las convicciones del que nos prohíbe imponer a los demás las nuestras, sin necesidad siquiera de someter las suyas a un mínimo debate.⁴⁷

En el caso en estudio, el juzgador, además de omitir considerar al aborto como un hecho en sí mismo traumático para la mujer y valorar sus posibles consecuencias dañosas, centró su decisión en la adopción de una particular doctrina legal ceñida a la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible (terapéutico, eugenésico y sentimental), resultándole indiferente que de ello resultara la vulneración de valores o bienes jurídicos jerárquicamente superiores.

D) Supuestos no punibles e inexistencia de un “derecho al aborto”.

El derecho a la privacidad⁴⁸, esto es, el derecho a un ámbito garantizado de libre ingerencia de los poderes públicos y de cualquier

⁴⁵ OLLERO, Andrés, *Derecho a la vida. Valores para una sociedad pluralista*. EUNSA: Pamplona, p. 58.

⁴⁶ OLLERO, Andrés, *Derecho a la vida. Valores para una sociedad pluralista*. EUNSA: Pamplona, p. 59.

⁴⁷ OLLERO, Andrés, *Derecho a la vida. Valores para una sociedad pluralista*. EUNSA: Pamplona, p. 67.

⁴⁸ CONSTITUCIÓN NACIONAL, art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo

intromisión privada no consentida, es esencial a la libertad y a la dignidad personal.⁴⁹

Sin embargo, de ahí no puede derivarse que tal derecho sea el fundamento del “derecho al aborto”, ni siquiera en aquellos supuestos en que pudiese estar comprometida la salud física o psíquica de la madre.

El aborto provocado, lejos de ser una conducta que “de ningún modo” trasciende de aquella esfera, extingue la vida de un ser distinto de la madre convirtiéndose en un hecho público, sujeto a la autoridad de los magistrados.⁵⁰

El santuario de la privacidad debe ser preservado como uno de los bienes humanos –y por tanto, individuales y sociales a la vez- más preciados, hasta el límite a partir del cual las conductas “de algún modo” “afecten al orden y a la moral pública” o “perjudiquen a un tercero”, como lo prescribe el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.⁵¹

Por otra parte, el establecimiento de la prevalencia de la libre autodeterminación personal sobre la vida no nacida es el contenido básico de lo que se ha dado en llamar una actitud progresista en relación al aborto, que apuntaría siempre al reconocimiento del aborto como derecho de la mujer.⁵²

En qué medida aquello que se presenta como una mera despenalización excepcional de determinadas conductas no acaba confiriendo en la práctica a éstas carácter de derecho, e incluso de derecho fundamental. No obstante que la despenalización no legaliza conductas ni confiere derechos, se llega a atribuir a terceros (los médicos) deberes específicos al punto de obligarlos a refugiarse en lo excepcional (la objeción

reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

⁴⁹ BARRA, Rodolfo, “La Banalidad del Aborto”, en Revista El Derecho, 20/02/2008 y 19/03/08.

⁵⁰ BARRA, Rodolfo, “La Banalidad del Aborto”, en Revista El Derecho, 20/02/2008 y 19/03/08.

⁵¹ Vid. CSJN, in re “Montalvo”, (Fallos: 313:1333). “La expresión subrayada (‘de ningún modo’) tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales (...) en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo’, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’ trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a la forma de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente” (Considerando 11).

⁵² OLLEROS TASSARA, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, p. 349.

de conciencia) si quieren negarse a realizar una conducta excepcionalmente despenalizada que, sin embargo, en la práctica se les presenta normalmente como obligatoria.⁵³

En estos términos se pretende "reglamentar" los supuestos de abortos no punibles, instaurando un "derecho al aborto". Esta es claramente la intencionalidad relativamente encubierta en la Guía de Atención del Aborto no Punible del Ministerio de Salud de la Nación, a la que se refiere en el caso en estudio el informe de la Directora del Hospital de Área El Bolsón.

IV.- Reflexiones finales.

En el caso en análisis se ha creado una ficción a través de la confrontación de intereses aparentemente contrapuestos, la salud y la vida de la niña versus la vida del *nasciturus*, generando una artificial necesidad de optar por uno de ellos.

Hemos demostrado fehacientemente que la interrupción del embarazo no irroga beneficio alguno a la víctima de abuso sexual sino que, por el contrario, conlleva graves daños psicofísicos para la mujer que profundizan y acentúan el trauma provocado por el abuso.

También hemos destacado los diferentes roles asumidos por la madre de la niña y por la institución hospitalaria donde se registraban sus antecedentes médicos, antes –especialmente durante los seis años de abuso sexual reiterado- y después de la constatación del embarazo.

Dudamos, asimismo, dadas las condiciones psicofísicas de la niña, su situación familiar y el lugar ocupado por la madre durante el proceso judicial, que haya consentido libremente el aborto al cual fue sometida, así como que haya sido informada debidamente de las consecuencias psíquicas y físicas para su salud y su vida.

Detrás de la disquisición jurídica que se generó entre la salud y la vida de la niña y la vida del *nasciturus*, los datos empíricos arrojados por las investigaciones científicas ignoradas por el juzgador evidenciaban que la contraposición de intereses, bienes o valores era falaz, al tiempo que brindaban una maravillosa oportunidad, irremediablemente frustrada, de

⁵³ OLLEROS TASSARA, Andrés. "Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?", p. 351.

resguardar y preservar derechos fundamentales de dos niños honrando sus vidas.