

Título: A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo(1) "del reino del revés"
Autor: Marrama, Silvia
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 243, 1049
Fecha: 18-07-2011 Cita Digital: ED-DCCLXXII-399

Sumarios

1. Introducción. - 2. Algunas consideraciones sobre el fallo analizado. 2.1. *Procedencia de la declaración de nulidad efectuada por la Cámara del Crimen de Bariloche*. 2.2. *Imposibilidad de configuración del delito previsto por el art. 84 del cód. penal*. 2.3. *El "interés superior" de la menor embarazada no puede justificar la autorización para cometer un delito*. - 3. Conclusión: "Me dijeron que en el reino del revés, nada el pájaro y vuela el pez".

A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo(1) "del reino del revés"

Vamos a ver cómo es el reino del revés.

María Elena Walsh

1

Introducción

Diversas estrategias se utilizan desde hace años en la Argentina para lograr la despenalización/legalización(2) del aborto, hasta llegar a sostenerse -mediante la "reinterpretación" de algún derecho humano(3)- un "derecho al aborto"(4). Éstas se plantean, ante todo, en el ámbito cultural y político, pero también en el jurídico, cuyo ordenamiento normativo infraconstitucional ha avanzado silenciosa pero firmemente en el sentido señalado, no sólo mediante leyes(5) sino incluso mediante resoluciones ministeriales(6), todas ellas palmariamente inconstitucionales(7).

Por otra parte, ante los tribunales argentinos se "arman" -con la misma finalidad- "casos-piloto", teniendo que lamentar a la fecha, la muerte provocada de 11 niños por mandato judicial(8). El primer caso paradigmático con ese fin fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace diez años(9), en el cual se autorizó el adelantamiento del parto de un niño que padecía anencefalia. Este fallo se cita -errónea o maliciosamente- para afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la constitucionalidad de los abortos no punibles(10) y abrir así una puerta a la legalización de este delito en general. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación nada dice en este precedente al respecto, ya que el tipo penal del aborto es "completamente ajeno al *sub lite*" (conf. consid. 11 del Dr. Petracchi).

Tal como hemos explicado en oportunidades anteriores(11), aclarar este punto inquietante respecto del fallo cuyo décimo aniversario celebramos es importante por la fuerza que tienen los precedentes en la Argentina(12).

2

Algunas consideraciones sobre el fallo analizado

Es imposible desarrollar la innumerable cantidad de errores jurídicos que el fallo bajo análisis contiene, por lo cual nos limitaremos a esbozar algunos brevemente.

2.1. Procedencia de la declaración de nulidad efectuada por la Cámara del Crimen de Bariloche

Sostiene el Superior Tribunal (cfr. punto 4. "La nulidad en el sólo beneficio de la ley") que "interrumpido el embarazo, no quedan en 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 (...) 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".

Al respecto cabe aclarar que, ante la comisión de cualquier delito que involucre en su tipo penal la muerte de una persona, ésta no invalida -sino todo lo contrario- que se atienda a los intereses del occiso (si bien esta función corresponde al Ministerio Público Fiscal y no al Ministerio Público de la Defensa, tal como se explicará más adelante). El delito de aborto no es la excepción. Precisamente el aborto está ubicado en el Libro Segundo: "De los delitos", título I: "Delitos contra las personas", capítulo I: "Delitos contra la vida" del Código Penal argentino vigente. De allí que resulte claro que el bien jurídico tutelado es la vida de la persona por nacer(13), tal como lo ha establecido la justicia en reiterados fallos(14). Este delito supone en la víctima el derecho a la vida.

Dado que en el caso no se acreditaron los elementos configurantes de las causales de no punibilidad del aborto(15) (más allá de la inconstitucionalidad de las mismas) sino que, por el contrario, “en realidad se trata de un acto criminal perpetrado mediante instrumento público, por un magistrado”(16), es procedente y conforme a derecho la declaración de nulidad de la Cámara del Crimen de Bariloche.

Refuerza lo dicho la violación del derecho de defensa del niño por nacer ante el Juez de Instrucción, incluso reconocido por la propia sentencia del Superior Tribunal, al decir: “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. *Cierto 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-*” (consid. 9º, voto del Dr. Víctor H. Sodero Nievas, los resaltados son nuestros).

Así, el auto interlocutorio dictado por el juez Losada queda claramente enmarcado en los arts. 148, 149 y 153(17) del cód. procesal penal de la Provincia de Río Negro.

A mayor abundamiento cabe aclarar que la sentencia del Superior Tribunal transforma en “obligación” lo que el art. 153 del cód. procesal penal denomina “posibilidad”, excediéndose de este modo en la interpretación del texto ritual(18).

Por otra parte, la sentencia del Superior Tribunal es *contradictoria* en este punto, al afirmar que “no procede la declaración de nulidad *en el solo beneficio de la ley*, sino que debe remediar el perjuicio sufrido”, y en el párrafo siguiente: “Por lo tanto, la intervención del Superior Tribunal es *para lograr una doctrina legal*” (consid. 5º del voto del Dr. Sodero Nievas, los resaltados son nuestros).

2.2. Imposibilidad de configuración del delito previsto por el art. 84 del cód. penal

Afirma el Dr. Sodero Nievas en el consid. 8º de su voto que “siendo que toda demora -en la práctica del aborto provocado- aumenta el riesgo(19), se podría tratar de un elemento básico para la consideración de otra ilicitud como es la producción culposa del resultado de muerte (art. 84 del cód. penal)”.

Cabe aquí recordar que el aborto es un delito contra la vida del niño por nacer, y que mal podría configurarse el homicidio culposo de la madre que improcedentemente pide la inviable venia judicial para cometerlo, por una demora del juez en conceder lo que le resulta antijurídico autorizar: la muerte de una persona inocente.

Tal es así que respecto de la venia judicial otorgada por el juez Losada para realizar el aborto, el mismo Superior Tribunal se ve forzado a reconocer la incongruencia del auto interlocutorio cuya validez pretende sostener: “Incorre 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, párr. 2º, incs. 1º y 2º, del cód. 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 art. 86, inc. 2º, del cód. penal’”.

Según el criterio de algunos juristas que afirman que el homicidio puede ser causado por omisión, se requiere que el sujeto activo se encuentre en alguna de las situaciones que hacen nacer el deber jurídico de actuar con el fin de preservar la vida del sujeto pasivo. Cabe destacar que en autos no estaba acreditado peligro para la vida de la mujer embarazada, con lo cual mal podía configurarse el tipo penal del art. 84.

Y de haberse suscitado un peligro para la vida de la madre -situación poco frecuente en la actualidad(20)-, los médicos hubiesen actuado sin autorización previa del juez y en ejercicio de la *lex artis*, hubiese quedado la conducta de los mismos enmarcada en la eximente genérica de pena del art. 34, inc. 4º, del cód. penal. Esta eximente impide la configuración del injusto o ilícito penal(21) por cumplimiento de un deber -que tiene efecto justificante-, ante la colisión de deberes de igual jerarquía(22) -salvar la vida de la mujer embarazada y de su hijo por nacer-, dado que “el ordenamiento jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una u otra forma bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente”(23). Si bien no hemos encontrado doctrina penal que encuadre el actuar de los médicos en estas situaciones en el art. 34, inc. 4º, del cód. penal, sostenemos que su aplicación es conforme a derecho.

Sin embargo, la doctrina actual tiene una posición contraria a la mencionada en el párrafo anterior, al considerar que “en la ley argentina no existe una fórmula general de equivalencia que habilite la construcción analógica de los tipos omisivos no escritos, y que de existir sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. Según esta opinión, los supuestos que tradicionalmente se han considerado homicidios por omisión impropia encuadran en los arts. 106 (párr. 3º) y 107, según el caso”(24).

Por otra parte, la configuración del tipo penal del art. 84 del cód. penal presupone -de parte del agente- la provocación de un peligro prohibido, previsible y evitable. Una marcada inclinación de la doctrina actual por la teoría de la imputación objetiva exige, para considerar -respecto de los delitos culposos- que una acción es típica, que haya provocado un riesgo no permitido. En el caso de autos, se trataba de un supuesto de riesgo permitido que excluye la tipicidad y por lo tanto no era posible que el hipotético resultado “muerte de la mujer embarazada” hubiese podido ser objetivamente imputable al Juez de Instrucción Lozada.

En cuanto a la acción típica del art. 84 -violatoria de un deber de cuidado-, no se hubiese configurado por no autorizar el aborto a la mujer embarazada sino por no haber ordenado medidas de protección de la mujer para que no se realizase el aborto, ya que, desde un punto de vista ginecológico-obstétrico(25), el aborto provocado es siempre riesgoso, más allá del tiempo de gestación del niño por nacer. De ello dan cuenta las clausuras que frecuentemente se producen en clínicas abortistas habilitadas por Estados que han legalizado este crimen(26).

2.3. El “interés superior” de la menor embarazada no puede justificar la autorización para cometer un delito

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y garantiza el derecho a la vida de todos los niños(27) -y el *nasciturus* lo es(28)-, afirmación suficiente para contradecir lo sostenido infundadamente por la Defensora General en autos: que la Dra. Paula Bisogni, representante del *nasciturus*, no puede comparece a contestar agravios ni se la habilita a conocer en esta instancia ante el Superior Tribunal, dado que el único interés jurídico que debe protegerse es el de la madre menor de edad víctima del delito (“los límites de su intervención están dados por la representación del interés de T. N. -pupila del recurrente-, con cuyo recurso coincide”).

Si bien en principio los defensores intervienen con función pupilar en representación de un menor ante la afectación actual de su derecho, sentada la inacción del agente fiscal ante el auto interlocutorio del juez Losada que afectó gravísimamente el derecho a la vida de un menor de edad indefenso, y perteneciendo la Defensora del *nasciturus* al Ministerio Público, en cumplimiento del art. 120 de la CN(29), interpuso el recurso de apelación que habilitó la instancia ante la Cámara del Crimen, ante la eventual responsabilidad internacional(30) del Estado argentino por incumplimiento de una Convención Internacional vigente (art. 6º, Convención de los Derechos del Niño).

Y la Cámara del Crimen hubiese incurrido en un exceso ritual manifiesto en caso de no haber habilitado la instancia ante un recurso interpuesto por un funcionario del Ministerio Público.

Refuerza lo antes afirmado la ley 26.061(31) -reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño-, que ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente, declarando en su art. 2° que la Convención “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 resaltado es nuestro(32)).

Por otra parte, consideramos que la omisión del Agente Fiscal, *prima facie*, se enmarca en el delito del art. 248 del cód. penal (abuso de autoridad).

Es necesario, además, tener en cuenta que el art. 3° de la ley 26.061 puntualiza que se entiende por *interés superior del niño* “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”(33). Ni siquiera teniendo en miras exclusivamente el interés de la menor embarazada involucrada en el caso *sub examine*, pudo válidamente sostenerse desde un punto de vista jurídico que un juez podría autorizarla a cometer el delito de aborto(34), ya que su interés superior está conformado por *derechos y garantías*, y el aborto -muerte provocada de un ser humano concebido y no nacido- no es ni un derecho ni una garantía constitucional.

3

Conclusión: “Me dijeron que en el reino del revés, nada el pájaro y vuela el pez”

A diez años del primer caso paradigmático “armado” con la finalidad de presionar en pos de la legalización del aborto, podemos observar un deterioro rayano al absurdo en la argumentación jurídica de algunos tribunales argentinos frente a estos casos, puesto de manifiesto en el caso analizado. Así, hemos mostrado, en el desarrollo precedente, tres cuestiones de la sentencia en las cuales “nada el pájaro y vuela el pez”.

Es que, precisamente, en ningún Estado de Derecho podrían sostenerse jurídicamente semejantes afirmaciones, propias únicamente del “reino del revés”.

voces: **bioética - aborto - derechos humanos - familia - delitos contra la integridad sexual - menores - persona - constitución nacional - ministerio público - hospitales y sanatorios - derecho - filosofía del derecho - tratados y convenios - constituciones provinciales - médico - derechos del consumidor**

(1) Bioética: Aborto eugenésico: art. 86, inc. 2°, del cód. penal; interpretación amplia; tipo legal; requisitos; autorización del embarazo; declaración de nulidad; improcedencia; cuestión abstracta. 1 - Puesto 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, cabe concluir que, en esta ponderación proporcionada, 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, prevalece con el derecho a la vida de la persona por nacer. Por lo cual, la figura del inc. 2° del art. 86 del cód. penal debe ser interpretada en sentido amplio, haciéndose 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. 2 - 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, pues la situación encuadra en el inc. 2° del art. 86 del cód. penal, sin distinción que la violación cometida sea sobre mujer sana o sobre idiota o demente. 3 - La protección del inc. 2° del art. 86 del cód. penal es para todo supuesto de violación, aun con una prolongación extensa en el tiempo -como en el sub examine-, 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. 4 - Aun cuando hubiese leyes que prohibieran o restringieran en sus alcances la interrupción del embarazo proveniente de una violación, éstas serían injustas y contrarias al bloque de constitucionalidad, por ser opuestas a la dignidad humana y a los derechos que resultan de esa dignidad. 5 - Una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 del cód. penal, la actuación de los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de previa autorización judicial. 6 - Puesto que no pueden adoptarse decisiones de nulidad cuando de modo previo se reconoce que la cuestión sometida a la jurisdicción se ha tornado abstracta, cabe concluir que, sobrevenida la interrupción del embarazo solicitado, no quedan en el caso intereses subsistentes para que se expida la jurisdicción. 7 - Debe hacerse lugar al recurso de casación deducido contra la sentencia que declaró la nulidad de la sentencia que autorizó el aborto de una menor violada, pues esta declaración responde a un ritualismo inútil, toda vez que la cuestión se ha tornado abstracta en tanto que la interrupción del embarazo ya ha tenido lugar. Sin embargo, el carácter abstracto de la cuestión no alcanza al recurso deducido por el señor defensor que representa a la menor víctima, 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 (del voto del doctor Balladini). 8 - Según el art. 86, inc. 2°, del cód. penal, 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, sin que sea necesario establecer si aquella es idiota o demente (del voto del doctor Balladini). 9 - El tipo legal del art. 86, inc. 2°, del cód. penal 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 (del voto del doctor Balladini). R.C. 56.888 - STJ Río Negro, mayo 11-2011. - N., R. F. s/abuso sexual s/incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/apelaciones s/casación. (Ver in extenso en diario del 27-6-11 con comentarios y en www.elderecho.com.ar).

(2) Es muy importante advertir que, en el plano teórico, se puede distinguir claramente entre la despenalización y la legalización. Sin embargo, en la práctica, las personas que no son versadas en el derecho penal, incluso los periodistas y -lo que es más grave- los jueces en lo penal, confunden la despenalización del aborto con su legalización, puesto que es tomada como una autorización, no sólo para la mujer, sino también para los médicos, personal sanitario e instituciones de la salud. Conf. Herrera, Daniel A., La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la Evangelium Vitae, en El Derecho, diario especial Derecho Penal y Política Criminal, 7-7-08, n° 12.043. Refiriéndose al aborto, sostuvo en 1983 Tristán García Torres: “Podrá decirse, quizás, que una ley meramente permisiva o una autorización judicial (...) no obliga a nadie. Así hasta podrá argumentarse, al igual que se hizo en el tema del divorcio, que únicamente practicarán (las técnicas) (...) los que quieran hacerlo y nadie más (...) La realidad es que una permisiva o una autorización indebida en esta materia tan grave puede llevar consigo, ocultas, quizás sin quererlas ni advertirlas, normas de naturaleza imperativa en la práctica. Francisco Suárez explicó magistralmente cómo la ley puramente permisiva no existe en la práctica, como tal ley sólo lo es en cuanto laten en ella determinados preceptos imperativos” (El delito de aborto, presentado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, celebradas en Río Gallegos, 1981).

(3) Conf. Sanahuja, Juan C., El desarrollo sustentable: la nueva ética internacional, Buenos Aires, Vórtice, 2003. Scala, Jorge, Lobbyistas de los derechos humanos en clave de género, en Revista Arbil, n° 81, en <http://adopcionesespirituales.blogspot.com/2008/06/lobbyistas-de-los-derechos-humanos-en.html>.

(4) Conf. Lafferrère, Jorge N., Cuestiones en juego en los proyectos de legalización del aborto, ED, 241-905.

(5) V.gr. leyes provinciales de reglamentación de abortos no punibles, que pretenden reglamentar “el procedimiento a desarrollar en los establecimientos de Salud Pública respecto de la atención de los casos de abortos no punibles” (conf. Chubut, ley XV n° 14). Cabe destacar al respecto que la CS resolvió desestimar la demanda que presentó el Partido Socialista -Distrito La Pampa- contra el Poder Ejecutivo Provincial de La Pampa por haber vetado la ley que regulaba los abortos no punibles. De esa manera, el decreto del gobernador Oscar Jorge, vetando la norma (aprobada en la Cámara de Diputados en noviembre de 2007), quedó firme. La ley

reglamentaba el art. 86 del cód. penal. Conf. La Corte desestimó la demanda contra el veto de Jorge a los abortos no punibles, en http://www.diariotextual.com/index.php?option=com_content&view=article&id=10475:la-corte-en-un-fallo-sorpresivo-desestimo-la-demanda-contra-el-gobernador-por-el-veto-a-los-abortos-no-punibles&catid=84:politica&Itemid=197. Por otra parte, nos honra que el Senado entrerriano haya aprobado el 26-10-10, sobre tablas y por unanimidad, el Proyecto de Declaración de autoría del Senador Aurelio Suárez (PJ), por el que "se rechaza en forma terminante cualquier iniciativa tendiente a establecer la despenalización del aborto y/o la instauración de disposiciones legales y/o administrativas en el seno de los Estados Provincial y/o Nacional orientadas en tal sentido" (Expte. N° 9999).

(6) Guía técnica para la atención de los abortos no punibles, Ministerio de Salud de la Nación, diciembre de 2007.

(7) Conf. Dictamen de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, expedido en defensa de la vida inocente agredida por los reiterados intentos de legalizar la muerte provocada de niños antes de su nacimiento. ED, 239-911; AA.VV., La vida primer derecho humano, Jorge N. Lafferrière (coord.), Buenos Aires, 2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires".

(8) Conf. Scala, Jorge, Homicidio prenatal postmoderno, ED, 237-1168.

(9) CS, in re "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", 11-1-01, en el cual, al igual que en el caso que analizaremos a continuación, no hubo necesidad de judicializar el caso. En efecto, los hechos y circunstancias de un caso pueden modificarse con el pasar del tiempo (cfr. Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, 1995, reimpresión), tal como ocurrió en el caso que analizamos. En efecto, las circunstancias de hecho variaron desde el 17-10-00, día en que la Sra. T. tomó conocimiento de que el hijo que llevaba en su seno -con edad gestacional de 19 semanas- padecía anencefalia, al 14-11-00, día en que la Sra. T. -cuyo hijo tenía un desarrollo de 23 semanas- promovió la acción de amparo a fin de obtener la autorización judicial correspondiente para "anticipar el parto o interrumpir el embarazo", eufemismo este último utilizado para referirse a un aborto provocado. Basándonos en lo declarado en la causa por el subdirector del hospital, Dr. Horacio Illia (coincidente con los datos que aporta la obstetricia), al momento de promoverse la demanda el caso no encuadraba en ningún delito penal y no se requería autorización judicial para que se realizase a la actora la inducción o adelantamiento del parto. Cabe entonces preguntarse si, al tomar conocimiento del caso, consideró la abogada de la actora vías alternativas razonables, antes de recurrir a la vía judicial. ¿No hubiese sido más prudente para la actora esperar un mes y una semana -para que el estado gestacional del feto permitiese el parto prematuro- y sugerir a su cliente apoyo psicológico mientras tanto? ¿Fue necesario recurrir a los tribunales, con el grado de exposición para la actora y su familia que ello implicó, agravado por la exposición mediática a la que la misma abogada de la actora la sometió? ¿No cabía otra solución menos "costosa" desde el punto de vista psicológico para la actora, considerando que era precisamente su salud psicológica la que se intentaba proteger? Las soluciones alternativas que sugiero son las que habitualmente se toman en los hospitales públicos ante estos casos -v.gr. acompañamiento psicológico para toda la familia-, aunque importan "menos lucimiento profesional aparente" para los abogados (conf. Gordillo, Agustín, *El método en derecho: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Civitas, 1999, reimp., punto 9, pág. 91 y punto 9.2.2, pág. 92). Esto refuerza el argumento que hemos esbozado anteriormente respecto de que estos casos se "arman" como una estrategia para presionar a favor de la legalización del delito de aborto. En el mismo sentido cabe recordar que el diario Clarín, en su edición del 11-1-01 (conf. El polémico caso de un feto que sufre anencefalia y no tiene posibilidades de sobrevivir), informa que la Defensora del Pueblo de la Ciudad derivó a la Sra. T. a la Fundación Unos con Otros, dirigida por Perla Prigoshin, abogada que llevó adelante el juicio. Prigoshin redactó posteriormente los proyectos de ley de "Embarazos incompatibles con la vida" y "Abortos no punibles", presentados en la Legislatura de la Ciudad en 2003 (conf. Boletín electrónico ACI, 12-5-03, en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=566>). Asimismo, de la lectura del diario Clarín antes mencionado surge que la abogada de la actora habría realizado un "alegato de oreja" (Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar...*, cit.): "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". Como se ve, la abogada de la actora informó a los medios de comunicación social los resultados de este "alegato de oreja", intentando de este modo "manipular" la opinión pública a su favor y en cierta forma "presionar" a los miembros del Alto Tribunal. Puede apreciarse cómo se usó el sufrimiento indiscutible de la madre para poner en el tapete el debate público sobre la legalización del aborto. Este accionar permite inferir entonces que el caso judicial fue "armado" con la intencionalidad que hemos mencionado. No es casualidad que la abogada de la actora haya declarado el día anterior al dictado de la sentencia que "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" (diario Clarín, 11-1-01, El polémico caso..., cit.). Es decir que, so pretexto de enmarcar el caso en el supuesto contemplado por el art. 86, 2ª parte, inc. 1º, se trata de introducir jurisprudencialmente la "autorización" de un aborto eugenésico. Por otra parte, el mencionado informe, 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 (Press Release. HR/CT/589. Human Rights Committee Concludes Seventieth Session 3-11-00). En resumen, tal 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...' (escrito de demanda de fs. 15 vta., párrs. 4º, parte final, y 6º) lo que claramente implica la intención de todo evento, de abortar" (consid. 9º).

(10) V.gr. la siguiente cita jurisprudencial: "La Cámara revocó esta resolución por interpretar que si bien la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 4º, inc. 1º, y la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 1º, protegen el derecho a la vida, desde su concepción, este principio admite regulaciones, y una de estas es la que se encuentra en el art. 86, inc. 2º del Código Penal (...) Agregó que la constitucionalidad del art. 86 del Código Penal ya ha sido resuelta por la CS en la causa "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". STJ Entre Ríos, sala Civil y Comercial, in re "Defensora de P. y M. N° 2 (en Repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona", 20-9-07.

(11) Marrama, Silvia, Un indefenso con "esforzada" Defensora. In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el período 1930-1943, ED, 237-1198, punto 5.

(12) 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, Maria A. - Cayuso, Susana, *Constitución y poder político: jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Astrea, 1995, 2ª reimpr., t. 2, pág. 1089.

(13) El derecho a la vida de toda persona desde su concepción, reconocido por la Constitución Nacional, proyecta sus efectos sobre el mismo Código Penal, de jerarquía infraconstitucional. Por lo tanto, éste no podría alegar una supuesta "autonomía" para determinar qué se entiende por "persona" ni cuándo comienza a existir. El concepto "constitucional" de persona humana debe reinar en todo el ordenamiento jurídico argentino, concepto que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia (la concepción). No sería, entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la "personalidad" del embrión, pues ello viene determinado por los derechos enumerados por los tratados internacionales del art. 75, inc. 22, CN.

(14) V.gr. CNCrim. y Correc., sala VII, in re "Nicolotti, Ana y otra", 18-4-07. Conf., además, Cámara del Crimen de la Capital Federal, fallos publicados en LL, 108-740.

(15) "El caso no encuadraba en ninguno de los supuestos del art. 86 del cód. penal: el embarazo no presentaba el más mínimo riesgo para la vida o salud de la madre"; además, "ninguna prueba existe en autos -todo lo contrario- de que la menor supuesta víctima de abuso sea idiota o demente (véase informe de fs. 24)". Además, a ello se refiere el juez cuando sostiene que es una "joven lúcida y psicológicamente estable". De manera que el inferior autorizó a las abogadas la comisión del delito de aborto, haciéndose partícipe necesario del mismo. Scala, Jorge, Homicidio prenatal..., cit.

(16) Scala, Jorge, ídem.

(17) CPP Río Negro: Art. 148 - Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes (...) 2º. A la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria. Art. 149 - El Tribunal que compruebe una causa de nulidad, tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciera, podrá declarar la nulidad a petición de parte. Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales o cuando así se establezca expresamente. Art. 153 - La nulidad de un acto cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan. Al declarar la nulidad, el Tribunal establecerá además, a cuáles actos anteriores o

contemporáneos alcanza la misma, por conexión con el acto anulado. El Tribunal que la declara ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados.

(18) En efecto, el voto del Dr. Víctor H. Sodero Nieves afirma que la declaración de nulidad del auto interlocutorio mencionado "debe remediar el perjuicio sufrido, el que es negado con la declaración acerca de que la cuestión resulta abstracta". Pero el Código Procesal Penal sólo establece en su art. 153 que "el Tribunal que la declara ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados".

(19) Si bien la frase omite el sujeto, se entiende que el transcurso del tiempo en el caso sólo aumenta el riesgo de muerte de la mujer embarazada, y debido a que pretende practicarse un aborto.

(20) "Si la salvación de la futura madre, independientemente de su estado de embarazo, requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún momento querida, ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras intervenciones médicas semejantes, siempre que se trate de un bien del alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz" (Pío XII, discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las Familias Numerosas, 28-11-51, recopilado en el libro Pío XII y las Ciencias Médicas, Buenos Aires, Guadalupe, 1961, pág. 119, cit. por AA.VV., La vida..., cit., pág. 38. "El avance de la ciencia médica y el desarrollo de la tecnología en materia de salud han disminuido a niveles muy bajos, los supuestos en que se pueda dar la disyuntiva planteada", AA.VV., La vida..., cit.

(21) D'Alessio, Andrés J., Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, Parte general (arts. 1º a 78), t. I, pág. 495.

(22) Bacigalupo, Enrique, Derecho penal. Parte general, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, págs. 380-381.

(23) Ibídem, pág. 381.

(24) D'Alessio, Andrés José, Código Penal..., cit., pág. 9.

(25) Conf. Asociación de Víctimas del Aborto (AVA), Consecuencias, efectos secundarios o secuelas del aborto provocado o interrupción del embarazo en la mujer, revisión actualizada a fecha de octubre de 2008 por el Comité Científico de AVA, desde la Base de Datos de publicaciones médicas PubMed y Medline, en <http://www.vozvictimas.org/documentos/documento.php?ID=6>.

(26) "Más del 20% de las muertes maternas son causadas por el aborto. Esto sucede también en esas situaciones en las que el aborto es legal. En consecuencia, nos debemos preguntar si el 'aborto seguro' lo es realmente". La afirmación es de Gunta Lazdane, consejera regional europea para la investigación y la salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud). La Dra. Lazdane ha pronunciado su ponencia en el transcurso del Global Population Forum, un encuentro internacional desarrollado recientemente en Washington", AsiaNews/C-Fam, OMS: El aborto legal causa el 20% de las muertes de las madres, en <http://foropelayo.blogcindario.com/2006/11/00659-oms-el-aborto-legal-causa-el-20-de-las-muertes-de-las-madres.html>.

(27) El art. 6º establece: "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (el resaltado es nuestro). El art. 19 reza: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente..."; y el art. 24, inc. 1º: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (los resaltados son nuestros). Por ello, en protección de la salud del niño - que es sujeto de esta Convención- los Estados asumen el deber de adoptar "medidas apropiadas" para "asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres" (art. 24, inc. d)], es decir que se atiende al niño a través de su madre. En el mismo sentido, el art. 19, inc. 2º: "Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él". Por su parte, el art. 18, inc. 1º reconoce que "incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño" (el resaltado es nuestro). Esta noción de "interés superior del niño" es de radical importancia en lo que atañe a esta tesis y es precisada por la ley reglamentaria 26.061.

(28) La Convención define al niño como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (art. 1º). Por el principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la primera parte de la Constitución Nacional, todo ser humano es persona, y es niño desde la concepción (conf. art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica y declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado en tanto tal, cuya expresión es terminante: "Con relación al art. 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") hasta los 18 años de edad, y por tanto sujeto de protección jurídica. (La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica consultó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de dicho país sobre la interpretación de algunas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta, en su opinión consultiva 647-90, en el punto V, entiende que el art. 24, inc. f)], de dicha Convención excluye como método de planificación familiar todo contraceptivo que tenga efectos abortivos, pues esto violaría el art. 6º de la citada Convención. Dicha opinión resulta obligatoria para el Parlamento y el Ejecutivo costarricense que no podrían dictar normas con un sentido contrario al interpretado por la Corte. Conf. Scala, Jorge, ¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI, prolog. por José Ignacio Cafferata, 1º edic., San José de Costa Rica, 2002, Promesa, Serie: Temas de Actualidad N° 6. En nuestro país rige idéntica prohibición para el Estado, en virtud de la declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes). Todas estas normas internacionales no hacen más que reconocer la realidad antropológica (consideramos que lo antropológico estudia al hombre como compuesto sustancial del cuerpo y el alma, por lo tanto, incluye el dato biológico sobre el mismo).

(29) 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).

(30) En efecto, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que este tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional. Por tanto, es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 11/90, parág. 23. Cit. en CS, in re "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 5-3-02, ED, 197-13, Fallos: 325:292, consid. 15; Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 7/86. Cit. en CS, in re "Ekmekdjian Miguel Ángel c. Sofovich Gerardo y otros s/recurso de hecho", 7-7-92, Fallos: 315:1492, consid. 22).

(31) Sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada por unanimidad el 28-9-05.

(32) El mismo artículo establece la defensa en juicio de los menores, reconociendo que tienen derecho a ser oídos, por intermedio de quien los represente. Esto es de especial aplicación cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio del aborto provocado. Finaliza el art. 2º estableciendo: "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 provocado o su tolerancia de hecho por parte del Estado argentino, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad a estos supuestos es la existencia de un "tercero" (la persona por nacer) que se ve ciertamente perjudicado por este delito.

(33) El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8º, el derecho a la vida. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño antes citado, que obliga a los Estados a garantizar "en la máxima medida posible" el derecho a la vida de todo niño. Consideramos que el Estado sólo puede garantizar en la máxima medida posible el derecho a la vida de la persona por nacer mediante su tutela penal. Si el derecho a la vida es supraconstitucional (preexistente a toda legislación positiva), es intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos como "delito" (conf. Basset, Ursula C., La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, ED, 219-755). El citado art. 3º 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" (el subrayado es nuestro). Es decir que conforme al citado art. 3º, 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.

(34) El art. 86, párr. 2º, del cód. penal tipifica supuestos del "delito" de aborto que, según el codificador de 1921, no debían ser penados. Reiteramos la inconstitucionalidad de tales supuestos.

© Copyright: El Derecho
