

AMICUS CURIAE

Excma. Cámara de Apelaciones
De la Provincia de Chubut

Ref. Autos "AURORA LUISA FUENTES/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" EXPTE. N° 17/2010.

De nuestra consideración

Marta Alanis como presidenta, DNI 6025275, abogada **Silvia Julia**, DNI: 6493994 como secretaria y apoderada legal e la Asociación Civil por el Derecho a Decidir con domicilio legal en calle Colon 442, 6° piso "D" Córdoba Capital..

Susana Chiarotti Boero, DNI 5.499.965, abogada en representación del **Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR)**, con domicilio en calle Tucumán n° 3950, Rosario, Santa Fe,

Eduarne Cardenas DNI 27962684, Cristina Zurutuza DNI, 5.262.074 integrantes del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), y **Estela Díaz** DNI N° 16728016 todas con el patrocinio letrado de la Dra. Elizabeth Yapura nos dirigimos a V.S. a fin de presentarnos en calidad de **amicus curiae** en la causa de referencia, caratulada "**AURORA LUISA FUENTES/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**" **EXPTE. N° 17/2010, originarios del Juzgado de Familia N° 3, de la ciudad de Comodoro Rivadavia.**

I. Domicilio:

Que a todo fin, constituimos domicilio legal único en calle xxxxx, Comodoro Rivadavia, Chubut, lo que solicitamos se tenga presente.

II. Legitimación activa:

La Asociación Civil por el Derecho a Decidir Córdoba, es una asociación sin fines de lucro que cuenta con personería jurídica aprobada por resol. 175/A/98 Inspección de Personería Jurídica Córdoba, Argentina, cuya misión es promover los derechos humanos de las mujeres, especialmente los que se refieren a la sexualidad y a la reproducción humana, y a una vida libre de violencia y discriminación. El Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) es una red creada en el año 1989 dedicada a la promoción y defensa de los derechos humanos de la mujer, que agrupa a organizaciones no gubernamentales en 14 países de la región. CLADEM cuenta con Status Consultivo en la categoría II ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas desde el año 1995 y está facultada para participar en las actividades de la Organización de los Estados Americanos desde el año 2002. El Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) es una organización sin fines de lucro, con personería jurídica 834/95, que cuenta con Status Especial ante la OEA, y está dedicada a la promoción de los derechos humanos de las mujeres y niñas.

III. Objeto

Nuestras organizaciones son co-peticionarias en un caso similar al que motivan el auto de referencia: LMR c. Argentina, que fuera presentado el 25 de mayo de 2007 ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Las firmantes, integrantes de organizaciones no gubernamentales y redes nacionales e internacionales, comprometidas con los derechos humanos de las mujeres, consideramos

oportuno acercarle nuestra opinión fundada, de utilidad a Vuestra Honorable Señoría en la resolución del caso de referencia.

IV. Admisibilidad

La presente constituye una presentación de terceros ajenos al presente litigio, que ostentan un interés justificado en la resolución final del proceso judicial. Como terceros estamos en condiciones de ofrecer “opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida”¹.

La figura del *amicus curiae* ha sido incorporado en varios supuestos al derecho argentino, a saber: el art. 7 de la Ley N° 24.488, sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos; la Ley N° 402, de Procedimientos ante el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicada el 17/11/2000, en su art. 22.

Asimismo, es prolífica la jurisprudencia nacional e internacional que ha admitido esta figura, pese a no estar contemplada en los códigos de forma.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tampoco ha sido ajena a la fuerte tendencia de autorizar los *amicus curiae*, tal como ha ocurrido en la causa “Provincia de San Luis v. Estado Nacional y otros”, del 5/3/2003 (J.A. 2003-I-188). La amplia aceptación de la admisibilidad del “*amicus curiae*” posee, en la actualidad, expreso reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Acordada n° 28/2004 en la cual resolvió que la presentación de Amigos del Tribunal resulta “*un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia*” (el resaltado es nuestro). La CSJN considera apropiado que en las causas en trámite en las que se debatan cuestiones de interés público o de relevancia institucional se autorice a tomar intervención a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la materia litigiosa “y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto”.

La provincia de Chubut no ha reglamentado este instrumento, pero consideramos, dados los antecedentes nacionales e internacionales en esta materia, y fundamentalmente su utilidad, ya que constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a peticionar ante las autoridades³, que se trata de una figura que debe ser admitida conforme criterios de la jurisprudencia citada

V. Cuestiones relevantes a tener en cuenta

El marco legal del aborto en Argentina indica que su práctica está despenalizada en dos circunstancias. El Código Penal, en su redacción de 1921 establece, en su artículo 86, que:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

¹ Martín Abregú y Christian Courtis, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, transcripto en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, compilado por los nombrados, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 387 y ss.

Este artículo debe enmarcarse en los parámetros que brindan la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inciso 22² y las leyes vigentes que reconocen y garantizan el derecho a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, y a la no discriminación.

Particularmente, el caso LMR c. Estado argentino, presentado ante el Comité de derechos Humanos, se funda en la negación del derecho al aborto que le asistía a la joven LMR.

- LMR c. Argentina- Comité de Derechos Humanos *Comunicación 1608/07*

El 25 de mayo de 2007, se presenta una comunicación individual referida al caso de LMR por parte de INSGENAR, CDD Córdoba y el CLADEM ante el Comité de Derechos Humanos (CDH) en Ginebra por la violación de los artículos 2, 3, 6, 7, 17 y 18 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**.

En el caso denunciado ante el Comité se demuestra que el Estado argentino incumplió sus compromisos internacionales, al violar sus obligaciones de garantizar y respetar sus derechos a un recurso legal, a la vida, a la igualdad, a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a la intimidad, así como a la libertad de pensamiento y de conciencia, y su derecho a acceder a la salud reproductiva.

Frente a la petición presentada, **el Estado argentino reconoció en agosto de 2008, a través de un Dictamen (Dictamen DAI 59/08) de la Secretaria de Derechos Humanos de la Nación su responsabilidad por la falta de acceso al derecho, y la vulneración consecuente de los derechos de LMR.** En este sentido, la Estado argentino señaló que “asiste razón a la peticionaria en cuanto se le habría impedido a la víctima acceder a la atención médica necesaria para realizar **una práctica médica que no está prohibida por la legislación (...).**”³

La comunicación presentada al Comité de derechos Humanos referida, fue originada en el año 2006. LMR tenía 19 años entonces, cuando queda embarazada producto de los abusos sexuales de un tío (marido de la hermana del padre) y vecino suyo quien *actualmente* se encuentra procesado por ese delito. La jovencita, que vive en la localidad de Guernica, Provincia de Buenos Aires padece una discapacidad mental que la mantiene anclada en los 10 años de edad. **Su historia es emblemática ya que debió sortear un cúmulo de obstáculos para poder interrumpir su gestación y comienza cuando Vicenta, su madre, constató en el Hospital de Guernica el embarazo de LMR ante lo cual solicita se le practique un aborto legal.** La solicitud de Vicenta fue negada y la derivaron al hospital de cabecera de la provincia, el Hospital San Martín de La Plata. Paralelamente Vicenta realizó la denuncia policial el 24 de junio de 2006, con la intención de que se tomen pruebas de ADN para certificar la autoría del abuso sexual del que fuera víctima LMR.

El derrotero ante la justicia continuó con una sentencia de primera instancia que prohibió la realización del aborto, fallo confirmado luego por la Cámara Civil. Por último, llegaría el

² Art. 75 Inc. 22: (...) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

³ El resaltado nos pertenece.

pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires⁴, la que un mes y medio después de denunciada la violación y de realizado el pedido de interrupción del embarazo, falló no sólo ratificando la constitucionalidad del artículo 86 inciso 2º, como luego lo harían otras cortes provinciales, sino que además dejó sentado que no es necesaria la exigencia de la autorización judicial para la práctica de un aborto que es legal.

Es importante destacar la posición que tomó la Suprema Corte Provincial de Buenos Aires en el caso, ya que la jueza Veronica Robert, actuante en la causa de marras, cita como antecedentes la sentencia de la jueza de Menores de La Plata, Inés Siro, que negó el aborto no punible a LMR. Fallo este, que fuera revocado por la sentencia de la Suprema Corte provincial⁵.

Es por eso, que en este caso puesto a opinión de V.S., similar al de la joven LMR es útil recoger lo que en su momento señaló la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En primer lugar, el voto de la Dra. Hilda Kogan sostiene: “Nos encontramos nuevamente resolviendo un caso que nunca debió llegar a estas instancias. Siento la necesidad de manifestar que cuando hay un ejercicio responsable de los derechos consagrados por nuestra legislación tal como lo hicieron, respectivamente, la progenitora de L.M.R. y los equipos profesionales de la salud involucrados la intervención indebida de los jueces no hace mas que distorsionar la percepción del paisaje normativo por parte de la ciudadanía, alentando la idea equivocada de que los agentes públicos tienen la potestad de tutelar las conciencias y las conductas privadas.”

Señalamos en esta oportunidad los principales argumentos vertidos en el voto de la Dra. Hilda Kogan en la jurisprudencia señala:

-Alcance del art. 86 Código Penal:

*10. No desconozco el debate acerca de las aristas que presenta el art. 86 inc. 2º, norma cuyo examen han considerado pertinente las partes. Sin embargo, **no advierto que la situación de este caso quede por fuera de los presupuestos de esa regla, sea que se adopte una interpretación amplia de los supuestos comprendidos en el inciso, o ya que se pretenda considerar que sólo un caso de impunidad del aborto ha quedado contemplado en dicha legislación.***

11. El art. 86 del Código Penal establece en su segundo párrafo que: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Como señalé es un debate histórico si el inciso 2º de esta norma contiene dos supuestos distintos o uno sólo. Es decir, si se prevé por una parte la no punibilidad en el caso de que el embarazo provenga de una violación (llamado por la doctrina aborto "sentimental" o "humanitario"), y por otro se regula el caso de la mujer que haya sido víctima de un atentado al pudor y que presente las incapacidades mencionadas, (denominado aborto "eugenésico") supuesto en el que se exige consentimiento del representante legal para proceder; o si la ley establece como única causal de exclusión de la punibilidad del aborto el supuesto de una violación de una mujer idiota o demente.

12. Entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto

⁴ Sentencia: Ac. 98.830 del 31/07/06

⁵ Noticia del Diario Pagina12, viernes 19 de febrero. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-140623-2010-02-19.html>

y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977, y Libertad de amar y derecho a morir, Ed. Historia Nueva, 3º edición, Madrid, 1929, p. 93; Molinario, Alfredo, Tratado de los delitos, Ed. Tea, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, 1996; Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. III, Ed. Tea, 11º reimpression total, Buenos Aires, 2000; Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 16º edición actualizada por Guillermo Ledesma, p. 82 y ss.; González Roura, Octavio, Derecho Penal. Parte Especial, t. III, Ed. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 38; Ghione, Ernesto V., "El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino", La Ley, t. 104, p. 777 y ss.; y más actualmente, Bujan, Javier y De Langhe, Marcela, Tratado de los delitos t. I, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 462 y ss.; Tabernero Rodolfo, "El aborto por causas sentimentales", Jurisprudencia Argentina, t. 1990-IV p. 941 y ss.; y finalmente mencionaré a Cuello Calón, Eugenio, Tres temas penales, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, p. 85. En el prólogo de esta obra ha afirmado alejarse de ideas antes sustentadas. Ese autor generalmente había sido citado entre los adeptos de la tesis restrictiva (v. p. ej. Soler, ob. cit. p. 113 nota 52); sin embargo, la obra que ha servido de apoyatura, Cuestiones penales relativas al aborto, Ed. Bosch, Barcelona, fue publicada con anterioridad, en 1931.

13. Por su parte, entre los seguidores de la postura que considera que la norma del inciso 2º se refiere únicamente al aborto llamado históricamente "eugenésico" se encuentran Peco, José, "El aborto en el Código Penal Argentino", Revista Penal Argentina, t. VI, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, p. 185 y ss.; Núñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, t. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 390; Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico", Jurisprudencia Argentina, 1946-IV, p. 22; Daien, Samuel, "Carácter Eugénico del art. 86 inc. 2º del C.P." Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, t. XV, 1944, v. II, p. 373 y ss.

14. Los partidarios de la tesis unitaria han sostenido centralmente los siguientes argumentos:

a) Si el Código hubiese querido contemplar el caso de aborto de una mujer sana, cuyo embarazo provenga de una violación -es decir, si hubiese querido distinguir dos supuestos distintos de sujeto pasivo- habría colocado una coma luego de la palabra "violación".

b) Cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido" involucra la interpretación unitaria, pues no podría haber exigido el consentimiento de un representante si la mujer es capaz.

c) Diversas razones vinculadas a la terminología utilizada por el legislador al hablar de "o de un atentado al pudor" y su equiparación con el "abuso deshonesto", según el texto originario del art. 127 del Código Penal.

d) Por último, se ha alegado que las razones que fundamentan el aborto "eugenésico" se encontraban presentes especialmente en la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado y que -según sus seguidores- resultan razonables, pero no se explican cuales son los fundamentos que permitirían aceptar la impunidad del aborto sentimental.

15. Para rebatir estas argumentaciones se han formulado sintéticamente las siguientes:

i) Se ha sostenido que este argumento parte de dos errores. El primero de índole gramatical y el otro, sobre la interpretación de la norma que fue utilizada como antecedente por la primera Comisión de Códigos del Senado, el art. 112 del Anteproyecto del Código suizo de 1916.

Por una parte, no resulta necesario agregar una coma para separar dos supuestos cuando se utiliza la conjunción disyuntiva "o". Esta cumple la función gramatical de la coma al separar los dos aspectos de la frase. Una coma en ese lugar no agrega nada al sentido de la oración. Como ha entendido Jiménez de Asúa (cf. obra cit., p. 987), aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van anteceditas de ese signo.

De otro lado, en el antecedente originario era indispensable la coma para separar dos de los tres casos que figuraban en el texto suizo. El aborto no era punible "si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada,

inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto". Como bien se aprecia, en el texto del Anteproyecto suizo había una coma, pero no la conjunción "o". (v. en tal sentido Ghione, obra cit., p. 779)

ii) Con base en el argumento brindado por Jiménez de Asúa, Ghione concluye que es acertado considerar que la función de la frase final del art. 86 del Código Penal se refiere sólo al consentimiento del representante legal cuando se trata de un atentado al pudor sobre la mujer idiota o demente. Ello pues, el antecedente suizo estaba obligado a individualizar expresamente "si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido..." porque tal hipótesis en la enumeración precedente era seguida de otros supuestos (mujeres inconscientes, incapaces de resistir, etc.) y no procedía indicar "en este caso". En cambio, en el art. 86 hubiera resultado redundante volver a referirse exactamente al supuesto indicado inmediatamente antes. En palabras de Ghione "hubiera implicado falta de sintaxis" (obra cit., p. 783).

Efectivamente como reconoce este autor, si se sostiene como cierto que el artículo es bivalente (es decir que previó no solo el aborto "eugenésico", sino también el "sentimental") ha quedado sin contemplar el consentimiento del representante legal cuando la víctima de la violación fuese menor de edad. **Sin embargo, y más allá de cualquier consideración respecto de este supuesto, es pertinente indicar que una omisión semejante no aparece como una buena razón para descartar el aborto sentimental, como erróneamente han entendido los partidarios de esa tesis. Claramente, en la misma omisión incurrió la norma antecedente del anteproyecto suizo, a pesar de que ese texto no dejaba margen de dudas sobre la inclusión del aborto en caso de violación (obra y p. cit.).**

La expresión "en este caso" también parece beneficiar a los portadores de la tesis amplia, se afirma con razón, pues aun cuando el legislador hubiera establecido otras opciones como "en este último" o "en el segundo caso" (conforme argumentan los preconizadores de la postura univalente), la norma permanecería portando la misma ambivalencia. Mas parece ser que la razón y sentido de la locución ha de encontrarse en el reemplazo de la frase "si la víctima es idiota o enajenada" por motivos estrictamente gramaticales, como fue mencionado (cf. obra cit., p. 785).

iii) Los diversos rodeos que habría hecho el legislador para hablar de "atentado al pudor" en lugar de indicar "abuso deshonesto" no encuentra ningún asidero. Al contrario, el motivo de esa aparición -inédita- en nuestro Código, no es otra que la incontestable copia del Anteproyecto Suizo de 1916 (cf. obra y p. cit.). Así, entonces "... con Soler, Jiménez de Asúa, Ramos y Fontán Balestra, ... cuando en el art. 86 inc. 2º se habla de atentado al pudor, se está previendo la violación de la mujer idiota o demente. Ello porque ése es el sentido que tal expresión poseía en el Anteproyecto ... que nuestro legislador reprodujo literalmente... Al copiar no se advirtió que el "atentado al pudor de mujer idiota o demente" ... está separado, en el derecho suizo, de la violación que llamaríamos propiamente dicha, o sea mediante fuerza ... y que allí se justificaba la doble mención, destinada a prever los casos que en nuestro derecho hubieran quedado correctamente incluidos con la sola utilización del vocablo violación" (cf. Ghione, obra cit. p. 786).

iv) Respecto de que las únicas razones que pueden ser consideradas son las que justifican el aborto eugenésico (de acuerdo especialmente con los fundamentos de la Exposición de Motivos de la primera Comisión de Códigos del senado) correspondería advertir una incoherencia lógica del legislador al dejar impune aquel aborto con fin eugenésico sólo cuando proviene de un acto ilícito. En otras palabras, ¿Por qué si el fin eugenésico era el único al que el legislador prestó atención no ha, en consecuencia, previsto en el código directamente la impunidad del aborto de la mujer falta de razón y ha impuesto como condición de que el embarazo provenga de un delito? O el caso de una violación de idiota o demente sobre una mujer sana? Por cierto, si bien estas omisiones no alcanzan para descartar el fin eugenésico, tampoco resultan de peso para desechar la tesis amplia otras omisiones como la del consentimiento del representante legal en el caso de mujeres menores de edad, o, por ejemplo, la exclusión del estupro prevista en el art. 120 del Código originario (aunque, probablemente concurren otras razones para explicar la exclusión de este último

ejemplo, cf. Ghione, obra cit., p. 784).

También han sido descartados estos argumentos, (cf. Ghione, V., obra cit., 781) sobre la base de advertir que la Exposición de Motivos que se ha considerado relevante para fundar una u otra postura ha sido la de la primera Comisión del Senado, cuando ciertamente el art. 86 ha sido producto de la reforma que le efectuó la segunda Comisión, siempre contando con el antecedente suizo -el que sin lugar a dudas- incluía el aborto sentimental.

v) Por último, en esta línea argumental corresponde señalar una razón que se desprende de la propia estructura del art. 86 del Código Penal.

El segundo párrafo de la norma contiene un enunciado general en el que exige el consentimiento de la mujer embarazada (como condición de que el aborto practicado por un médico diplomado quede impune, aspectos que no son relevantes en esta argumentación).

Luego establece los dos incisos en los que ese recaudo deberá verificarse. El primero, es el que regula el caso del aborto terapéutico. El segundo, el que nos ocupa.

Si el consentimiento del representante legal que se especifica en este inciso se refiriera a toda su extensión (es decir, según la tesis restringida al único caso de que el embarazo proviniera de una "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente") ¿qué sentido cabría asignar, para este inciso, al consentimiento de la mujer embarazada que prevé el enunciado general? Evidentemente ninguno. Por tanto, carecería de sentido que el Código coloque bajo un enunciado general un caso que queda, **a priori**, excluido de la propia regulación. He aquí, entonces, otra buena razón para coincidir con las ya suficientes explicaciones de los adeptos a la tesis amplia.

16. De todas formas, he de agregar que si bien las circunstancias del presente caso han sido encarriladas primordialmente en torno de la aplicación del inciso tratado, las características de una situación de hecho como la que aquí se examina no habría permitido descartar a priori un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio Zaffaroni.

El tema ha sido abordado puntualmente por este autor al sostener que **"La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico. Conforme nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP.... Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto". El autor continúa afirmando que "Es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto... la ley vigente -por lo general mal interpretada- es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes que, en definitiva, han debido desembocar en la famosa indicación médica, que no es otra cosa que el enunciado genérico del art. 86."** (Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 641).

17. También parece advertir la cuestión, aunque sin reparar concretamente en un supuesto como el que aquí se examina Donna, Edgardo, "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", *Revista de Derecho de Familia*, LexisNexis, 2006-I, p. 160. **El autor refiere que "El peligro puede ser tanto para la vida como para la salud de la madre. Vale la pena aclarar que no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc."**

18. En reciente fallo (6 junio de 2006), la Corte Suprema de la Nación, consideró el derecho a la salud en su más amplio sentido "... entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia" (cf. Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, que hizo propio la C.S.J.N. en "Y.G.C. c/Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta").

19. Ahora bien. No obstante todo lo expuesto y tal como ya he indicado, de conformidad con los presupuestos fácticos acreditados en el expediente -que no han merecido reparos- en el presente caso no advierto que la discusión doctrinaria acerca de qué supuestos comprende el inc. 2º del art. 86 resulte de trascendencia para decidir. Ello es así, pues **considero suficiente a los efectos de revocar la resolución atacada señalar que sea cual fuere la interpretación de las hipótesis contenidas en el art. 86 inc. 2º del Código Penal, ninguno de los recaudos allí exigidos han sido descartados en el fallo que se trae a revisión.**

Así, no se ha controvertido eficazmente que L.M.R., de 19 años de edad padece de una deficiencia mental que la coloca en una edad madurativa de ocho años, y que se encuentra embarazada producto de un hecho de violación, denunciado como ocurrido presumiblemente en el ámbito intrafamiliar, por el cual su madre ha instado la acción penal. La joven -quien, al decir de la señora Procuradora General se encontraba ya al momento del hecho en una situación de extrema vulnerabilidad- ha sido escuchada en las distintas instancias judiciales y su madre, junto a la Asesora de la joven, pretenden continuar desarrollando las actividades tendientes a interrumpir el embarazo involuntariamente provocado.

-Constitucionalidad del art. 86 inc. 2º del Código Penal.

20. La titular de la Asesoría de Incapaces nº 4, doctora Griselda Margarita Gutiérrez, insinuó en un breve pasaje que el aborto terapéutico y sentimental es inconstitucional pues lesiona la igualdad ante la ley. Más allá de esta genérica referencia, lo cierto es que la infracción ha sido sencillamente enunciada, pero no ha sido acompañada de alguna argumentación plausible que la sustente. Ninguna fundamentación aportó al debate, ni adujo consideraciones que permitan comprender el alcance de tal postura que, por otra parte, no comparto.

Es oportuno poner de resalto que tanto la jueza de la instancia de origen como la Cámara que intervino tras la apelación, no declararon la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 2º, sino que se limitaron a citar las normas internacionales y, a continuación, de manera dogmática se pronunciaron.

No obstante la pobreza de los pronunciamientos que anteceden a la intervención de esta Corte, la trascendencia jurídica y social de la cuestión a decidir, y la aparente contradicción de la norma penal y la Constitución Nacional invocada por los magistrados de las instancias anteriores para resolver la cuestión, tornan impostergable el tratamiento de la constitucionalidad y vigencia del mencionado art. 86 inc. 2º, tras la reforma de la Carta Magna.

21. Un breve análisis de la cuestión antecedente, me convence de que la reforma constitucional de 1994 no ha operado una modificación de las normas cuya aplicación se propone. En efecto, basta recordar que con el texto anterior de la Carta Magna, era pacífica la interpretación que entendía que el derecho a la vida encontraba resguardo en el art. 33 como uno de los derechos implícitos que la propia norma reconocía y protegía.

Y es precisamente en ese contexto, que el Código Civil dispuso en el art. 70 que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos...", y además con posterioridad el Código Penal despenalizó el aborto en supuestos como el que nos ocupa, sin que la norma penal haya sido considerada inconstitucional, ni derogada en las distintas reformas que sufrió el citado código.

22. En 1994, los constituyentes incorporaron en el art. 75, inc. 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los que contienen distintas normas referidas a la protección del derecho a la vida, mas no modificaron las pautas de la legislación civil y penal antes reseñadas.

En efecto, señala Gil Domínguez que "En principio, la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminalización del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer. De esto inferimos que este instrumento internacional tampoco se opone a una protección eficaz de la vida desde la concepción, que sea alternativa al

sendero conminativo" (Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 167 y ss.).

23. El mencionado autor continúa diciendo que **"luego de la reforma constitucional ... podemos afirmar: a) que el derecho a la vida fue incorporado expresamente; b) que a partir del momento de la conformación del huevo o cigoto hay vida humana; c) que la vida humana en formación es un valor constitucional que debe ser tutelado; d) que la protección infraconstitucional debe depararse mediante aquella vía que sea necesaria, eficaz y proporcional; e) que no existe una obligación constitucional de penar el aborto voluntario; f) que el derecho constitucional debe contemplar situaciones de conflicto de valores que generan la imposibilidad del Estado de exigir una conducta determinada" (ob. cit. pág. 206).**

24. Sobre este punto cabe destacar la opinión coincidente de Sagüés, quien considera que si un acto se encuentra prohibido por la Constitución, ello no quiere decir, necesariamente que deba ser delito y afirma que **"Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto ... En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra es que la violación de esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones en la Constitución, en efecto, que no importan delito" (Sagüés, Nestor, Elementos de derecho constitucional t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 264 y ss.).**

También se ha manifestado en sentido similar Gullco al indicar con claridad que **"si bien el reconocer la existencia de un bien jurídico... crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales. Es decir, la conveniencia o no de castigar penalmente la realización de un aborto es una cuestión de política legislativa, pero no parece que constituya un problema de índole constitucional" El autor concluye su exposición indicando que aún cuando se acepte que la persona por nacer debe equipararse a la persona nacida -afirmación que para él es incorrecta- "... no se sigue de ello un deber constitucional de sancionar penalmente al aborto" (Gullco, Hernán Víctor, "¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?", Doctrina Penal, Año 11, nº 41 a 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 499 y 500).**

25. Asimismo, Gil Domínguez menciona que destacados juristas como Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli y Zaffaroni, no advierten contradicción alguna entre la norma penal analizada (art. 86 del Código Penal) y la Ley Fundamental (ob. Cit. p. 263 y ss.).

26. **Debe observarse, además, que los derechos reconocidos por la Constitución no poseen carácter absoluto, sino que admiten una razonable reglamentación (art. 28 de la CN). Entre ellos se encuentran los derechos invocados en la sentencia en crisis. El grado de protección de cada derecho reconocido dependerá, pues, de la decisión legislativa que lo reglamente, la que debe cumplir con tal recaudo de razonabilidad.**

Es útil recordar que **"El orden jurídico no se diseña ni para santos, ni para héroes, sino para el ser humano corriente" (cf. Farrel, Diego Martín, La ética del aborto y de la eutanasia, Ed. Abeledo-Perrot, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 20) Y en tal sentido, Donna afirma que "no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El derecho no puede exigir héroes" (cf. Donna, Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 91).**

El legislador ha resuelto, en casos como el que nos ocupa, no exigir actos heroicos a la mujer, una vez verificados los recaudos apropiados. De tal modo, no se advierte en la elección legislativa examinada la pretendida irrazonabilidad.

27. Cabe agregar a lo expuesto, que la expresión contenida en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la vida **"... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación de numerosos Estados que -como el nuestro- habían despenalizado distintos supuestos de aborto.**

En referencia a la declaración interpretativa que formuló nuestro país con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, el citado jurista indicó que ella **"... no**

puede ser admitida como reserva, es una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades que rige en el ámbito interno con jerarquía constitucional. Por lo tanto, no obliga al Estado argentino a penalizar el aborto voluntario" (ob. Cit., pág. 293).

Sobre este punto resulta clara la opinión de Juan Méndez quien sostiene que la CADH "... tiene una norma que ha dado mucho trabajo que es aquella que dice que el derecho a la vida se protege en general desde la concepción; muchos han interpretado esto como una prohibición del aborto. ... Sin embargo, se debe tener en cuenta que respecto de este tema ya hubo una decisión en el caso conocido como Baby Boy, denunciado ante la Comisión Interamericana por el movimiento antiabortista norteamericano. Los peticionarios argumentaron que Estados Unidos firmó la Convención -aunque aún no la había ratificado- y por ello no podía hacer nada que contraríe al objeto y fin del tratado; el aborto, según los peticionarios, constituía una violación al derecho a la vida protegido en el artículo 4. En un voto dividido, la Comisión Interamericana dijo que la frase que la vida "se protege en general desde la concepción", no prohíbe el aborto de por sí, sino que eso se refiere a formas de protección de la salud materno infantil desde el momento de la concepción y no necesariamente se dirige a prohibir el aborto." (Méndez, Juan "Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de la Niñez" Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_proteccion/sininez.htm#ftnref1).

28. Finalmente, como ya he expresado aquí y tal como sostuve al votar en la causa Ac. 95.464 citada, corresponde insistir en que son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el art. 86, inc. 2º, así como la autorización informada de la representante de la mujer embarazada, deben adoptar las medidas aconsejadas de conformidad con las reglas del arte de curar, sin necesidad de autorización judicial previa.

Y sobre este punto he de recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 28 PIDCyP) ha manifestado su preocupación acerca de "que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite" y ha recomendado al Estado Argentino que "en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención" (Comité de Derechos Humanos, "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000", CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, pár. 14.).

Como señalamos supra, el 29 de agosto de 2008, el gobierno nacional y el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, aceptaron su responsabilidad en el caso LMR, y reconocieron, ante el Comité, haber violado los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente, el art. 2 (garantía y respeto de los derechos), 3 (igualdad y no discriminación), 6 (derecho a la vida), 7 (estar libre de torturas y trato crueles, inhumanos y degradantes), 17 (derecho a la intimidad).

Desde el 29 de agosto de 2008 se ha conformado una Mesa de Diálogo en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con representantes de varios ministerios nacionales, del gobierno de la Provincia de Buenos Aires, las peticionarias y la familia, para dar cumplimiento a una agenda de reparaciones a la víctima y para garantizar la no repetición del caso. (Adjuntamos comunicación de la cancillería al Comité de Derechos Humanos, donde acompaña el Dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, con el reconocimiento expreso del Ministerio de Justicia Nacional de las violaciones a los derechos humanos perpetradas en este caso).

Nos preocupa que en el caso de marras, se estén repitiendo las mismas vulneraciones que nos obligaron a demandar al Estado nacional y a una provincia de nuestro país. El caso LMR, joven discapacitada de Guernica, violada por su tío y embarazada, es similar al

caso que se discute en esta oportunidad. **Especialmente, las intervenciones judiciales innecesarias, que demoran la interrupción legal del embarazo, en violación a sus derechos humanos.**

VI.- Petitorio:

Por todo lo expuesto, a V. S. solicitamos:

- a) Se tenga por presentado este memorial de amicus curiae;
- b) Se declare la admisibilidad formal de esta presentación;
- c) Se consideren los argumentos aquí expresados al momento de resolver respecto del presente caso.

Proveer de Conformidad,

Será Justicia

Susana Chiarotti INSGENAR
Marta Alanis Asoc. Civil por el Derecho a Decidir
Silvia Julia Asoc. Civil por el Derecho a Decidir
Edurne Cardenas CLADEM
Cristina Zurutuza CLADEM
Estela Diaz