

Jurisprudencia Nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación

L. 421. XLIV.

L., M. C. s/ homicidio simple.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2011

Vistos los autos: “L., M. C. s/ homicidio simple”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta.

Notifíquese y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT – ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1°) Que la suscripta comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

2°) Que sin perjuicio de ello, existe un aspecto que no fue expresamente recogido en su dictamen, al cual deseo referirme.

Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien “...se sometió a ella libremente...”, de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo “...del concurso de su voluntad...” y “...por esa razón, no puede invocarla para defenderse...”.

3°) Que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – “Convención de Belem do Pará” (aprobada a través de la ley 24.632), en su preámbulo sostiene que la violencia contra la mujer constituye “...una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales...”, “...una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”. Asimismo, al referirse a cuáles son los derechos que se pretende proteger a través del instrumento, menciona en primer término que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 3°).

4°) Que por otra parte, la ley 26.485 de “Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1°) y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5° y 6°); pone en cabeza de los poderes del estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículo 7°); y finalmente establece un principio de amplitud probatoria “...para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...”, tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31).5°) Que, en consecuencia, aquella afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario—, deriva que L. se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta. Notifíquese y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en el precedente “Salto” (Fallos: 329:530), voto de la jueza Argibay), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse.

2°) Que, además, la suscripta comparte y hace suyas las consideraciones vertidas por la señora Ministra doctora Highton de Nolasco, en cuanto señala la palmaria contradicción de una afirmación del a quo, referida al libre sometimiento de la imputada a la alegada agresión ilegítima de parte del occiso, con las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (“Convención de Belem do Pará”) y de la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (cfr. Puntos 3° a 5° de su voto).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

Hágase saber y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. Pedro Eugenio Despouy Santoro, abogado defensor de M. C. L.

Traslado contestado por el señor Procurador General de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, Dr. Enrique Ernesto Lilliedahl.

Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la Ciudad de Catamarca.

F. 259. XLVI.

F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2012

Vistos los autos: “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”,

Considerando:

1°) Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1° y 2°, del Código Penal.

En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11).

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal). La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (conf. E.T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta).

2°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por

distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesidad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23:

“Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y artículo 4º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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”, y artículo 6º: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”).

4º) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs. 683/694). En ambas presentaciones se peticionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia.

Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022).

5º) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113- 1973), las

cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48). Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

7º) Que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, este Tribunal se ve obligado a tener que establecer la inteligencia de las previsiones cuyo desconocimiento denuncia el recurrente, así como también determinar la aplicación de otras normas y principios de igual jerarquía en clave de necesarias pautas interpretativas, dejando a salvo que, no por ello, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas).

8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común —artículo 86, inciso 2º, del Código Penal—, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

9º) Que a partir de lo señalado en los considerandos precedentes corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente.

En primer lugar, porque es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular.

Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en

ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198).

Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.

10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, “Baby Boy”, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte.

Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste.

11) Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto en atención a que, a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”). Así, atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal.

12) Que la tesis del recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para ello, resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse

el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas).

Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.

13) Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal adoptada por el a quo colisione con éstas.

En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/ Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3- 4, antes citadas).

Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 —1.2; 1.3—).

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fernández Ortega vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194).

En esta comprensión corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6º) al afirmar que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”, lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, *Fundamentación y régimen jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).

17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos: 331:858, considerando 6º y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

18) Que no obstante mediar en el particular todas las razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, por las que debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.

En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.

Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) 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; 2º) 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”.

Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos: 304:1820; 314:1849) y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 313:1149), se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima.

A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “... (s) i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción

estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta.

Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación— “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas.

En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coercitivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo – inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal- la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado “profanación”.

19) Que luego de haber sentado en los considerandos precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación.

La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descritas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

22) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.

24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional significa, en línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86 del Código Penal) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar.

Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación.

En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.

25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada.

Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico–burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la

propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).

26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).

27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana.

Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003).

28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la

obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.

2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) En las presentes actuaciones, el 22 de enero de 2010, A.L.F., en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una “medida auto-satisfactiva” a fin de obtener autorización judicial para que en el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación.

Fundó su pretensión en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal, y en tal sentido afirmó que un mes antes había denunciado ante el Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción la violación que había sufrido la menor por parte de su esposo, O. N. (padrastro de la niña), en el mes de noviembre de 2009, siendo el embarazo producto de ese hecho.

Explicó que ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal —en el que se constituyó como parte querellante— se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de “facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación”, ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido (cfr. fs. 17/18 vta.).

2º) El día siguiente de la presentación que inicia este expediente, el juzgado de familia dispuso una serie de medidas procesales, ordenando, entre ellas, dar intervención al “equipo técnico interdisciplinario” a fin de que entreviste a la menor para determinar, entre otros puntos, “las consecuencias y/o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada (aborto terapéutico)”; y librar oficio al Hospital Regional a fin de que “por intermedio del Comité de Bioética evalúe la situación planteada de A[.] G[.] y dictamine sobre lo peticionado” (cfr. fs. 19/20).

Posteriormente, como medida para mejor proveer, se dispuso librar oficio al director del mencionado hospital para que informe al juzgado “si de acuerdo a los Protocolos, el aborto a una menor de edad (15 años), víctima de una violación (art. 86 del Cód. Penal) puede practicarse en condiciones lícitas y en tal caso realicen las evaluaciones interdisciplinarias a través de los Comités Interdisciplinarios, que se prevén para estos casos” (cfr. fs. 28).

Esta última medida debió ser reiterada en dos oportunidades por la jueza actuante; la primera porque el director del nosocomio respondió que “previo al análisis éticomédico de un período de interrupción de embarazo, debe determinarse si la persona presenta alguna de las características excepcionados [sic] por el código penal, ya que dicho encuadre no resulta ser una materia opinable por parte del comité” (cfr. fs. 40), y la segunda, en razón de que el jefe del departamento de tocoginecología de esa institución objetó a

lo requerido que “este comité solamente asesora, no dictamina y en cuanto al motivo por el cual se solicita realizar un aborto en la paciente en cuestión, ‘violación’ es un elemento que supongo le consta a la justicia, y como tal el único que podría dictaminar es el juez” (cfr. fs. 80).

3º) Luego de producidas las medidas ordenadas, el 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Entre los argumentos expuestos por los magistrados que concurrieron a formar la mayoría del tribunal (pues una de sus integrantes votó en disidencia) se expresó que este caso pone a los jueces en situación de decidir entre “dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (nasciturus) que no [ha] tenido oportunidad de optar por ser o no ser”, y que enfrentados a ese conflicto “nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como última ratio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio ‘in dubio pro vida’” (cfr. fs. 372).

También se dijo, repitiendo consideraciones expresadas por la jueza de primera instancia, que la discusión entre la interpretación amplia o restrictiva del artículo 86 del Código Penal no define en profundidad la amplitud de la decisión, pues en base a las normas del derecho constitucional que consagran el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano desde la concepción en el seno materno, resulta indiferente la interpretación de aquélla norma que se adopte.

4º) Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local. Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió —en lo que aquí interesa— dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

Para así decidir, el a quo inició el tratamiento del caso afirmando que obligar a la actora a obtener un permiso judicial en un supuesto como el de autos resulta una exigencia adicional, que a la mujer se le presenta como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos autorizados por la ley. Expresó que el propio legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, porque precisamente consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la mujer víctima de una violación.

Sobre el particular, asumió que la aplicación de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma en los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar.

Continuó luego el tribunal afirmando que la norma del artículo 86 del Código Penal aplicable al caso no se contrapone al bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, en tanto resulta consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del niño por nacer desde su concepción. Ello es así, se dijo, pues la norma parte de la base de considerar al aborto como una conducta prohibida, aunque con las excepciones consagradas por el artículo en examen, las que, a su vez, comprometen otros derechos fundamentales de rango análogo. De esta manera, la decisión legislativa por la no punibilidad de supuestos como el presente no puede calificarse de irracional ni de arbitraria, en razón de que aparece fundada en una causa grave y excepcional sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional. Pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo el tribunal que además de encontrar en el propio texto de la norma razones que apoyan la que ha sido denominada la “tesis amplia” —pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles—, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mentado artículo con la mayor amplitud posible.

Finalmente, resta destacar que el tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación, que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar todo margen de dudas, privilegiar el relato circunstanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

5º) Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer.

Como agravio federal, esa parte planteó la vulneración del derecho a la vida del nasciturus garantizado por la Constitución Nacional y por tratados de derecho internacional público.

En lo concerniente a las circunstancias fácticas del caso, explicó que ni para las partes, ni para las tres sentencias que fueron dictadas sucesivamente en las instancias que transitó el proceso, existe duda alguna de que el embarazo que presenta la niña proviene de una violación. Esta aceptación general sobre la cuestión sustancial de los hechos, desde su óptica, coloca a la dilucidación del caso en el campo del puro derecho, centrada en la aplicación e interpretación de la norma del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional y del derecho a la vida de la persona por nacer.

Establecido el marco normativo de referencia, continuó expresando que no entiende que las autorizaciones del artículo mencionado deban juzgarse inconstitucionales en general, ni que se encuentren derogadas por “incompatibilidad sobreviniente” con normas de mayor jerarquía. Afirmó, no obstante, que la interpretación de esos permisos legales ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo “y de enorme dramatismo” los casos subsumibles en ellos.

En tal sentido, entendió que la interpretación lata que de esa norma realiza la sentencia que impugna para declarar su aplicación al caso y autorizar así el aborto, resulta opuesta al derecho a la vida de toda persona conforme a la normativa constitucional que invoca. Es de ese prisma, afirmó que esa práctica médica tiene como fin interrumpir el embarazo dando así fin a la vida del feto, lo que implica un atentado, intencionado y directo, contra un ser humano cuya existencia y derechos resultan asegurados por el ordenamiento legal “desde su concepción”. A su vez, postuló una interpretación de la mentada norma permisiva, que calificó de literal, restringiendo la autorización para la interrupción del embarazo sólo en los casos de violación de una mujer “idiota o demente”.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió – con cita de precedentes de esta Corte – que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) El recurso resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un derecho constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

8º) Tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obsta a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso, llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la defensoría pública provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que, al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal, la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta, la Corte decidió en tales antecedentes admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (cfr. Fallos: 324:4061 y 310:819).

De esta manera, una decisión del Tribunal en esta causa, aun bajo esas condiciones de excepción, se convierte en un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base (cfr. Fallos: 333:777, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay).

9º) Los motivos expuestos en el considerando precedente sirven además de sustento para aplicar en el caso la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

10) Ingresando al fondo de la cuestión traída a estudio, debe aclararse preliminarmente que está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el artículo 86, inciso segundo, del Código Penal, en virtud de la regla del artículo 15 de la ley 48 que veda a esta Corte nacional pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común. En función de ese límite, solamente corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las

disposiciones constitucionales que se invocan en el recurso (cfr. Fallos: 123:323; 129:235; 176:339; y, especialmente, 199:617; entre otros).

11) Como ya se reseñara, el tribunal superior de justicia local decidió autorizar el aborto peticionado por la niña A.G., interpretando que la norma citada abarca como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación. El impugnante, por su parte, afirma que esa exégesis vulnera el derecho a la vida del nasciturus, y que la interpretación de las normas penales que permiten el aborto “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones” (v. fs. 657 vta.), lo que obligaría –en la postulación del recurrente– a limitar la autorización para los supuestos en los que la víctima de violación sea una mujer que padezca una incapacidad mental (v. considerando 5 de este voto). A su vez, el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación se apoya exclusivamente en que la mujer “idiota o demente” carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación.

12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la norma permisiva.

13) En cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

Analizado en tales términos el planteo expuesto en el remedio federal —que, a su vez, en forma asertiva, ha sido el sustento de las resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia—, debe afirmarse que su formulación es incorrecta, pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esta postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta.

14) Conforme los principios sobre los que se ha aceptado el control de constitucionalidad requerido, siguiendo la interpretación que del derecho común ha realizado el a quo, la estructura sistemática de la

norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal).

Como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia.

La excepción a la penalización del aborto que regula el artículo 86.2 del Código Penal (conforme ha sido interpretado por el tribunal a quo) cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto ut supra, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación; exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal.

Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo —esto es, el hecho antijurídico precedente—, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer. También mediante el sistema organizado a través de esa indicación, puede dilucidarse concretamente el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, a saber: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena).

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada.

En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligando —como ha ocurrido en este caso— a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.

Notifíquese. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 4° del voto de la jueza Argibay.

5°) Que, contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal a favor de la persona por nacer el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces. Como agravio federal sostuvo la vulneración del derecho a la vida del nasciturus, el que, dijo, se hallaba garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derecho internacional público.

Consideró que la cuestión no se centraba en la constitucionalidad de las diversas autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal, las que admitió, sino en la interpretación amplia que se había efectuado de su segundo inciso. Al respecto, sostuvo que era de toda evidencia que su interpretación debía hacerse de manera restrictiva, de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones.

6°) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió – con cita de precedentes de esta Corte– que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7°) Que, tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstaría a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la Defensoría Pública Provincial obrante a fs. 648). En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquellas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta la Corte decidió, en tales antecedentes, admitir el remedio federal a fin de que no se frustrase su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (Fallos: 310:819 y 324:4061).

8°) Que el recurrente no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no tengan deficiencias psíquicas. Pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. En tal sentido, no demuestra –ni se advierte– que en las disposiciones de rango constitucional citadas se reconozcan categorías —o, mejor dicho, preferencias— como las por él postuladas.

9°) Que, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sostiene pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación (ver análogos argumentos en Fallos: 324:5, considerando 11, disidencia del juez Petracchi). Al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

10) Que, analizado en tales términos, el planteo efectuado en el remedio federal vuelve a exhibir su incorrecta formulación pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esa postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración al derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

11) Que, esa preferencia por un distinto esquema de valores, de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada por el a quo del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar —y a ello la obligaba su propia construcción argumental— un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que había realizado — invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador— resultaba incorrecta.

12) Que, sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 324:5 y sus citas, disidencia del juez Petracchi). En consecuencia, habrá de declararse su inadmisibilidad.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara inadmisibile el recurso extraordinario. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por Alfredo M. Pérez Galimberti, Asesor General Subrogante, Defensoría General de la Provincia del Chubut, en su carácter de Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces.

Traslado contestado por A.L.F., en representación de su hija menor A.G., con el patrocinio de la Dra. Sandra Elizabeth Grilli. Tribunal de origen: Superior Tribunal de la Provincia del Chubut.

Tribunal que intervino con anterioridad: Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala B.

Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de
la Nación

Expediente Letra “F”, N° 259, Libro XLVI, Año 2010, caratulado “F, A L s/ Medida Autosatisfactiva”.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, y JULIÁN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay N° 1855, 1º piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

I.- Asumimos representación

En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i” de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor A. G., nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).

II.- En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces del nasciturus a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).

Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de “aborto no punible” previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.

III.- Procedencia

Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656). El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: “(...) El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G. fue intervenida médicamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs. (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs. del día 12 de marzo, en el carácter de tutor ad-litem del nasciturus y ejerciendo –simultáneamente- su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada Nº 04/2007 de la C.S.J.N. Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisibile, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad.(...) En la causa: “B.A. s/autorización judicial”, sentencia del 7/XII/2001, (Fallos, 324:4064 y sgtes.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parto respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...)corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada”(...)” (v. fs. 673/676).

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada Acordada Nº 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. En similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados “V., B. M./ Banco Formosa S.A. s/ acción común”).

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (Fallos: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor Ad Litem del nasciturus, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs. (cf. cargo de fs. 658vta.), fecha en la que su representado – lamentablemente- había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada a su progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art. 74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el a quo.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 3001102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada Nº 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una regla general muy definida, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos, 267:499; 285:353 y 328:339), también existen excepciones, y una de ellas es que el tema sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción jamás llegaban al tribunal en término para dictar útilmente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica

sobre la cuestión abstracta (mootness), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán.

En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto:

“Roe v. Wade” (410 U.S. 113, 1973) y “Doe v. Bolton” (410 U.S. 179, 1973), en tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., “La Suprema Corte en el sistema judicial federal” 4ta. Edición, Trad del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente “T.S.” en cuanto sostuvo que “...la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...) esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica...” “(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible...” (v. Fallos 324:5, considerandos 4º y 5º).

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente “B., A” que:

“...es harto difícil que, en la práctica lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión...” (Fallos 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: “Carroll v. Princess Anne”, 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obsta a la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia -esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial- (cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no puede soslayarse que en el sub lite se encuentra involucrada una menor de edad y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: “Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten” (Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que “La expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (Opinión Consultiva OC 17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28/8/2002). En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: “las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (Fallos: 328:2870).

Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionante y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del aquo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

En el sub examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (self

determination) como parte de los derechos de su personalidad (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo” en Borda, Guillermo A. (dir), “La persona humana”, Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

IV.- El caso de A.

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación expondremos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquel no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de A.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos -comprensivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable-, el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Asimismo, es dable remarcar, que el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad. (cf. Roca y Trías, E., “Contestación” al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado”, Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces preguntarse desde el inicio: ¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de “controlar” y la de “encontrar una solución” (criterios de control y de solución).

En el criterio de control, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efectuado.

Mientras que, en el criterio de solución: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es “la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica” (v. al respecto Fulchiron H., “De l` intérêt de l` enfant aux droits de l` enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l` enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico, Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf).

El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufriera, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego. Las circunstancias que rodearon el pedido e interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atravesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo

representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo curso no puede preverse de antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor A., repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

IV.1.-Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio

Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer). O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

IV.2.- Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible

No pueden dejar de remarcar los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40). Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez interviniente en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia, peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la

Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador ad litem a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del nasciturus (fs. 49), y la tutora ad litem del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs.

50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíquico a la a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs.140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del

Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128).

El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de inconstitucionalidad (v. fs.387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2º, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que “la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales” (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente “Casey”, explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual “no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado” (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara infra, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder al derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, adelantamos desde ya -sin perjuicio de las consideraciones que a continuación argumentaremos- que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente en cuanto afirma: “...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser precedidos por una investigación penal que -aventando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor. Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido” (v. fs. 657vta. último párrafo y 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2º, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley n° 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la

Asociación Argentina de profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. <http://www.aapdp.com.ar/>).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R.,L.M., rta. 31/07/2006, voto del Dr. Genoud). Pero nunca puede considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.

IV.3.- Sobre la afectación de la salud

En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

a) Psicólogos del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);

b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas (fs. 66);

c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);

d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);

e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose, en consecuencia, en continuo riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs. 125/126).

f) El Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por lo distintos especialistas, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida.

En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.

Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.

En tal sentido, se ha sostenido 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 a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: "...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro o puede ser evitado por otros medios." 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: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (v. Zaffaroni, Eugenio, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso "L.M.R.", en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación del inciso 2º del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba no habrían permitido descartar a priori un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1º, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2º, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

Y lo cierto es, que en el sub lite se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: Por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2º, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1º.

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del

Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los argumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define "salud" como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/). La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del niño. La combinación de "supervivencia y desarrollo" que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, "Convención sobre los Derechos del Niño", Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3º, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en tanto, los compromisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites ala actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía. En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que "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" (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr.166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la

salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.

El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trabas burocráticas que dilaten indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”, *Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2010, Fascículo N° 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino”, v. <http://www.laleyonline.com.ar>).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

V.- La normativa cuya interpretación se cuestiona.

V.1.- Facultades y obligaciones del Estado en materia penal

El ser humano es causa y fin del Derecho (*Hominum causa omne ius constitutum est*, L. 2, D. De st. Hom., 1,5.). La vida humana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales –las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas-, cuantitativas –muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas –el valor personal asignado por cada uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural- (cf. Dworkin, Ronald, “El dominio de la vida”, ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización in totum del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del sub lite, -86- pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, como si hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera como si hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto como si nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontestable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del "como si", tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Marí, Enrique, "La teoría de las ficciones", ed. Eudeba, 2002, cap. XII, "Hans Vaihinger y las ficciones del "como si""). Esto no implica negar el estatus de persona del nasciturus, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso "Sánchez", donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por iure proprio, en virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: "...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género "persona" a las "personas por nacer", definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinguir el concepto de "hombre" del de "persona", y dice"...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes.

Como se trata de una aptitud 'jurídica', es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad 'natural', algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares..." (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre "persona" e "individuo humano" afirmando que la personalidad es "un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles" (op. cit. pág. 12)". 11) (...)

Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora S. su pretensión." (C.S.J.N., S. 1091. XLI., "Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)", rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida humana, también fue relevada por V.E. en el caso "B.", donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido. Así, se afirmó: "7°) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor B. reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquella fuera privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que B., en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco -aun con una lectura más abarcadora- que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043." (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII., "B., L. R. c/ M° J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)", sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siguientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 1°, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, CP); c) represión atenuada

de la mujer que se practica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental -cuya discusión aquí se plantea- (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 in fine, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

a. Distinción clara entre aborto y homicidio.

b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).

c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).

d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto.

Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).

e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.

f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP). La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente exigibles para el nasciturus y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarían derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales. A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, transformando así al Derecho Penal en una rama omnicompreensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la ultima ratio, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario.

En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si —y en su caso, con qué requisitos— el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de 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 (Gullco, Hernán “¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?” en *Doctrina Penal*, N° 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad —tanto física como mental—. Así lo ha entendido Zaffaroni: “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” (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

V.2.- Constitucionalidad del artículo 86 CP

V.2.a).- La norma

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º 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; 2º 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.”

La fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (*Notzucht*), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “cría en emergencia”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (*Schändung*), que proviene del verbo desdorar, mancillar (*Schänden*), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales —llamadas entonces “idiotas”— se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, “Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo”, Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa. y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “violación” todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión “*Schändung*” del alemán, fue traducida al francés como “*attentat à la pudeur d’une femme idiote, alinéé, inconscient ou incapable de résistance*”.

La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nuestro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es “atentado al pudor”, concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob cit, p. 114; Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderantemente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, “...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado” (v. Moreno (h), Rodolfo, “El Código Penal y sus antecedentes”, Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2º. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso

autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas. La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., "El aborto de la mujer víctima de violación", en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., "Los delitos", ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. "Curso de Derecho Penal. Segunda Parte", Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b).- Contexto histórico

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación.

La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y

María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de incapaz de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Parte General", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título "Delitos contra la honestidad". En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus "dueños", responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Las trampas del poder punitivo, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, violencia y derecho, Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una "cosificación" de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer.

Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión

parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2º, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley n° 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse “Delitos contra la integridad sexual de las personas”. El cambio propuesto apunta a incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón.

Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificarse el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, *obcit.*, p.151/153).

Una interpretación sistémica de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2º, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho. Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como “delitos contra la honestidad” se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

V. 2.c).- Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional. Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como “Principio de interpretación estricta”. La idea básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces —al tiempo de interpretar la ley— la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema y declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, “Manual de Derecho Penal,

Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, *ob. cit.*, págs.150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.

Al respecto es dable recordar que V.E tiene dicho que: “las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley -y en especial la Constitución- tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.” (Fallos 330:4988) pues, “la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial” (Fallos: 331:1262).

V.3.- Análisis actual

En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse. Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarrea riesgo a su vida. Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.

V.3.a).- Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de “salud”, a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado “aborto terapéutico” se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mentado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica 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.” (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). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, “Aborto por motivos terapéuticos...”, ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros). Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de “salud”, como: “un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones”, de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

V.3.b).- Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que “[ni] la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia” (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina”, en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II, Coord. Gargarella, Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de mayor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el

fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1º. El inciso 2º no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté presente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación.

Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una “coma” antes de la “o”, para separar los términos “violación o atentado al pudor”, y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la “coma” era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados.

Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la “coma” se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que “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” (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977). En general, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones “y”, “e”, “ni”, “o”, “u” (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, “El uso de la coma”, ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal ‘en este caso’. Según los partidarios de la tesis restringida, cuando el Código señala que “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada “incapaz” (v. por todos, LLambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional.

En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la ratio legis bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido.

Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente status que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto “eugenésico” en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación), pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíquica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue

cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto “sentimental” para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de “selecta sensibilidad” (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos. En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exégesis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso “Giroldi”, en el que sostuvo que la frase “las condiciones de su vigencia” significa “tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas. Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Bulacio (Cf. Corte IDH. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta

imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del corpus iuris internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran.

Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales.

En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

VI.1.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es “claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona”, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso Baby Boy (CIDH. Caso Baby Boy. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión

IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “en general”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y éstas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará-), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH).

En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos.

La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado “de 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” (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso P. del C. R. J., que guarda similitud con el caso de autos. R. J. fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. P. del C. R. J. c. México. 9 de marzo de 2007, párr. 26).

En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia. Como corolario de lo expuesto y siguiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, “La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia”, p. 327/328, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

VI.2.- Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

VI.2.a).- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7,

PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General n° 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, K. N. Ll. H., a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que K. N. Ll. H. transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad.

También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyó una vulneración al artículo 7 del PCDCyP, que proscribe las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, K. N Ll. H., Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío.

L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal. A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbito privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación “por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]” y encomendó al Estado “adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).

VI.2.b).- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1º, establece “el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica”. Asimismo, prevé que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Además, el

artículo 14 de la CEDAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a “garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurrir en delito de aborto en las siguientes situaciones:

- a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1°, Código Penal de la Nación),
- b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1°, Código Penal de la Nación),
- c. cuando el embarazo sea producto de una violación (artículo 86, inciso 2°, Código Penal de la Nación),
- d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2°, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto” (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

VI.2.c).- Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, que: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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”.

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2° CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la “reserva” que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, “en las condiciones de su vigencia”. Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: “las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado” “(...). Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno.” “(...). Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional.” (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional.

Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley n° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” y “enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales.

Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

VI.2.d).- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas

Cruels, Inhumanos o Degradantes

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribía las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992).

En el caso K. N. Ll. H., ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, K. N. Ll. H., Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias mencionadas más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribía las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

VI.2.e).- Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al aborto no punible contenido en el artículo 86, CP (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales.

Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38). Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: “La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte

Constitucional, en tales supuestos “...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C- 355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

VII.1.- El Estado no puede imponer conductas heroicas

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas ‘no son exigibles’ (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, “Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Criminología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo” Ed.Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: “El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido” (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta.10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: “El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado”

(Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

VII.2.- El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades.

Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, K. N. Ll. H., Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad “impuesta”.

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor Ferrajoli, en cuanto señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como “derecho de aborto”, es decir, como una libertad positiva (o “libertad para”) que consiste, precisamente en la libertad de abortar. Se olvida, que antes es una libertad negativa (“libertad de”), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una facultad agendi, es una inmunidad, un habeas corpus, es decir la “libertad personal” sancionada como “inviolable” se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la constricción o

coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, La cuestión del embrión entre el derecho y moral, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, N° 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos “autónomos”; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser “persona” a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98).

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que – como se señaló- no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

VIII.- Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: “Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación” Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir

de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta.10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el “legítimo ejercicio de su derecho”, en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: “...el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre.

Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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. La permisión del llamado ‘aborto terapéutico’ (...), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna...” (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos:324:5).

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente. Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad.

En el sub lite A. ha sido escuchada, informada, (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara. Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular” (v. Rubén Santos Belandro “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos).

IX.- Por todo lo expuesto, en estos casos: “...resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos:305:385; 308: 2217 y

312:148 disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...” (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, M., M. M. de L. y otro s/ guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a A. y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que –con la premura que el caso amerita- deberá adoptar todas las medidas a

su alcance para efectuar un seguimiento periódico del tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo dispuesto en el pto. dispositivo 6º de la sentencia recurrida).

X.- Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos actuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010.-

Q. 64. XLVI.

RECURSO DE HECHO

Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos

Aires s/ amparo.

Buenos Aires, 24 de abril de 2012

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. —quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva—, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la

Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22.

A partir de lo expuesto, la peticionaria solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos.

Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo.

Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente (ver fs. 65/67, 261/262, y fs. 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

2º) Que la Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06]... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado ...la demandada deberá proveer...un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Esa sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados en su decisión.

3º) Que, como fundamento, el a quo sostuvo que las cuestiones discutidas en este expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “A. Q.”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió. Según el citado precedente:

Para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar —además de la Constitución local— la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ello es así pues, “la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior”.

Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

A partir de los criterios señalados, los Estados parte del PIDESC sólo tienen el deber de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo. Esta es la garantía que nace del Pacto y a ello se limita la obligación de los países signatarios. En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en “situación de calle” una red de albergues y paradores estatales.

Por ese motivo, no resulta inconstitucional que los subsidios previstos por el decreto 690/06 (modificado por decreto 960/08) sean parciales y temporarios, ni que los montos otorgados a sus beneficiarios resulten insuficientes para solventar el costo de una vivienda digna.

Sin perjuicio de lo expuesto, el otorgamiento de subsidios no es absolutamente discrecional. Por el contrario, los jueces tienen el deber de controlar y asegurar que la asignación de estos beneficios respete las prioridades previstas por el bloque constitucional que rige la materia. Concretamente, tanto el art. 31 de la Constitución local, como las pautas emergentes del PIDESC, impiden subsidiar a un grupo, sin subsidiar a otro sector que esté más necesitado. A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen.

Desde esa perspectiva, los decretos 690/06 y 960/08 resultan cuestionables e ilegítimos, pues no contemplan previsiones claras que resguarden el sistema de prioridades referido, ni la igualdad entre iguales en el reparto de fondos; otorgan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlos para elegir a quiénes y cuánto dar; y en consecuencia no se garantiza que el subsidio se otorgue a los más necesitados frente a los que lo están en menor medida, conforme los parámetros constitucionales en juego.

4°) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

En su apelación sostiene que la interpretación realizada por el Superior Tribunal de Justicia local vació de contenido a las normas constitucionales e internacionales que reconocen y garantizan el derecho a una vivienda digna, lo que las transforma en meras expresiones de deseos.

Alega que la existencia de paradores estatales no es suficiente para garantizar el umbral mínimo del derecho a la vivienda exigido por el PIDESC. Sostiene que, en el caso de la

Ciudad de Buenos Aires, los refugios y albergues sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad o aislamiento.

Asimismo, manifiesta que el programa de subsidios vigente no es adecuado para atender situaciones de desamparo como la de la actora. Detalla que se trata de medidas de emergencia, que sólo se otorgan por un plazo máximo de diez meses y por montos que no alcanzan para costear un lugar para vivir.

Por otra parte, se agravia por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad.

Sostiene que si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo— resulta prácticamente imposible evaluarla.

Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada—. Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2011 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal (arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la

Constitución Nacional) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

Asimismo, la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que da sustento al planteo de la actora fue resuelta por el Superior Tribunal local

y, en este punto, la decisión quedará firme (Fallos: 301:1029; 311:1397). En efecto, el alcance que el a quo otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitará a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa.

7º) Que no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

También se ha acreditado que, si no se encontrara vigente la medida cautelar otorgada en esta causa judicial, la actora y su hijo tendrían que estar viviendo en las calles de la Ciudad.

8º) Que, ello establecido, es dable recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

I. Que, por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna” (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)” (primer párrafo del art. 75, inc. 23).

Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar —por expreso mandato constitucional— el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la “protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental...” (segundo párrafo del art. citado).

II. Que en el plano internacional, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos —de rango constitucional, art. 75, inc. 22— que en su art. 25 reconoce el

derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”...“a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (apartado 1º) y estipula que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (apartado 2º).

Resulta asimismo elocuente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1).

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce que “el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las

circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27.3). Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

III. Que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008— se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º, aps. 1 y 2).

Asimismo, se establece que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un adecuado nivel de vida para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y que deberán adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —aprobada en nuestro país por ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...), la vivienda” (art. 3º).

IV. Que, en el ámbito específico del Estado demandado, en el art. 31 de la Constitución local se establece que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y para ello se obliga a “...[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...”. En línea con lo señalado, en el art. 17 del referido texto se dispone que “...[corresponde a las autoridades desarrollar] políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

La Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido en los preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, en la ley 341 se estableció que el Poder Ejecutivo instrumentará políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional, asumidos como destinatarios individuales o incorporadas en procesos de organización colectiva verificables, a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro, mediante subsidios o créditos con garantía hipotecaria (confr. art. 1º).

En igual sentido, en la ley 1251 se creó el “Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, con el objeto de ejecutar políticas de vivienda de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Constitución local (confr. art. 3º). Entre los principios rectores del accionar del órgano se encuentra el de “...contribuir al acceso a la vivienda digna a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inc. 1 del Art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” y el de “...Promover el efectivo ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (confr. art. 4º, inc. a y c).

Asimismo, mediante la ley 3706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1º), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4º...c) La formulación e

implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado...”.

Por otra parte, en el decreto 1234/04 se creó el Programa de Apoyo Habitacional destinado a efectivizar la asistencia de personas en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles en que se hubiera dispuesto la clausura administrativa, a quienes se les otorgó la posibilidad de optar, por única vez, entre percibir un monto en concepto de subsidio o de mutuo con garantía hipotecaria, con el objeto de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, respectivamente (confr. arts. 1º y 4º).

También, y a los efectos de paliar la problemática habitacional de las familias en “situación de calle”, se dictó el decreto 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) en el que se creó el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” (art. 2º), consistente en un subsidio destinado a mitigar la emergencia habitacional de los residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3º). Además, el mencionado decreto 690/06, vigente para el momento en que la actora recibió el subsidio habitacional en trato, establecía expresamente el deber de la autoridad estatal de asesorar a la beneficiaria del subsidio para superar la crítica situación habitacional en la que se encontraba inmersa (art. 3º). Si bien la previsión que contenía este decreto fue denegada en este aspecto por su modificatorio 960/08, lo cierto es que la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que los reglamenta, obliga actualmente a la administración a brindar asesoramiento, y a “realizar derivaciones a otros programas, elaborar los informes técnicos que le sean solicitados y colaborar con el correcto funcionamiento del Programa, asentando y comunicando cualquier observación que considere menester” (art. 3, incs. b y e).

9º) Que, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.

10) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

11) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

12) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College)”. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

13) Que, frente al contexto descripto, se impone dilucidar si, en el caso concreto de la actora, la respuesta brindada por la demandada resulta adecuada para garantizar, siquiera mínimamente, los derechos que las partes se encuentran contestes que asisten a la señora S. Y. Q. C. y a su hijo.

Así, cabe señalar que el compromiso normativo asumido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia fue expresamente reconocido por la Ministra de Desarrollo Social de esa jurisdicción, licenciada María Eugenia Vidal, en su exposición ante esta Corte en la audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2011. En esa oportunidad expresamente precisó que “...El art. 31 de la Constitución de la Ciudad reconoce el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado y habla de una resolución progresiva de este déficit. Ahora, lo que está en discusión, creo yo, no es el reconocimiento del derecho a la vivienda y al hábitat, y dentro de él al acceso a los programas de emergencia habitacional, sino cómo este derecho se operativiza...” (confr. pág. 15).

Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó que “...dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle...” (pág. 18). De manera que la asistencia para este sector se limita al alojamiento en hogares o paradores o, en su defecto, en el ofrecimiento de un programa como el previsto en el decreto 690/06 —y sus modificatorios—, que tiene un plazo de duración máximo de diez meses y que, según las propias afirmaciones de la funcionaria, en ningún caso es renovable sin sentencia judicial, aun cuando la situación que originó el otorgamiento del beneficio no se hubiera modificado (confr. pág. 21).

Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora. En efecto, ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06.

Respecto de la primera de estas opciones, se impone señalar que las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia (confr. exposición de la Ministra, pág. 17), no resultan adecuadas para la patología del niño que, tal como lo informó el Defensor Oficial ante esta Corte, doctor Langevin, ha sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes (pág. 12). La especial atención que demanda el niño y las graves consecuencias que su desatención trajo aparejada fueron señaladas por el citado funcionario ante este Tribunal al señalar que “...hasta hace muy poco J. no podía masticar, y estono se debía a su enfermedad. Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces, le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa...En anteriores alojamientos no tenía un baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A.

Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación...” (pág. 12).

Tampoco el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” creado en el decreto 690/06 brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación examinada en autos. En efecto, dicha asistencia no sólo no constituye una familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un

paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente por los magistrados intervinientes para atender a las necesidades del caso.

Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

14) Que por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido en la audiencia ante esta Corte que su tarea en casos como el presente está ceñida por un presupuesto “inelástico”, y que por esa razón “cada uno de estos casos va chocando contra la limitación presupuestaria” que establece la ley local (intervención del Procurador Monner Sans).

Si bien es cierto que esta defensa ha sido extemporáneamente introducida por la demandada en el curso de una audiencia con finalidad informativa, será igualmente examinada por el Tribunal a fin de garantizar al máximo el derecho de defensa y brindar un tratamiento exhaustivo a una controversia de trascendencia institucional.

Frente a este argumento, resulta pertinente observar que en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663 publicada en el B.O. del 12 de abril de 2011), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los estados “...de adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga...” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone —en cuanto al caso interesa— el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que “la ‘disponibilidad de recursos’ aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1).

A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos:

a.) “el nivel de desarrollo del país”;

b.) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica”; y c.) “si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la Declaración citada).

En este contexto, el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos.

15) Que, como ya ha quedado expresamente de manifiesto, el caso en examen no sólo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

En este sentido, la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no sólo obedece a las condiciones del pequeño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre, en forma que esta última pueda ejercer alguna actividad rentable sin

perjudicar ni poner en peligro la integridad física y la salud del niño como tampoco su aspecto emocional —elemental para su calidad de vida, considerando su padecimiento—, y que, además, le permita en algún momento acceder a condiciones de convivencia adecuadas a las particularidades del caso.

Con relación a esta cuestión, es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total.

No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

Es evidente que ni la asistencia económica originalmente brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ni la medida cautelar posteriormente dispuesta en autos, que garantiza a la actora la suma de \$ 1.700 para el pago de una habitación en un hotel, resuelven la problemática planteada en el sub examine pues no han garantizado adecuadamente a la señora S.Y.Q.C. la posibilidad de acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con el grado de discapacidad de J.H.Q.C.

Esta última circunstancia fue puesta de manifiesto por el Defensor Oficial en la audiencia pública al detallar las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y su hijo se encuentran alojados.

Señaló el funcionario que se trata de “...una habitación en un hotel familiar, de alrededor de tres metros por tres metros; no tiene ventanas —es decir que carece de luz solar—; no tiene un lugar de juegos porque no se permite a los niños jugar en los pasillos; se accede a través de un primer piso por escalera, lo cual es una situación no recomendable para un chico en esta condición, y la habitación misma tiene un altillo al cual no puede acceder. Tiene una sola cama matrimonial, en la cual pernoctan ambos...” (pág. 11). Cabe agregar que, según el mismo funcionario la calefacción de las habitaciones es opcional y se debe abonar por separado (pág. 12).

De manera que aún cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo”, en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país. En este punto cabe recordar que ha sostenido esta Corte que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que ya se ha hecho mención, impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (Fallos: 327:2127).

En consecuencia, en la presente circunstancia se impone que el Estado intervenga con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado en función de la medida cautelar dispuesta. Debe advertirse que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio.

16) Que, de todos modos, el cese de la medida cautelar en las actuales circunstancias empeoraría la situación de la demandante, por lo que se impone su mantenimiento hasta que la demandada actúe en forma integral sobre la situación planteada.

Para ello, las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.

Lo anterior debe complementarse con un trabajo que le permita su subsistencia y la del niño, fuera del marco asistencial, puesto que éste es siempre una situación precaria que en algún momento debe cesar. La

intervención estatal, pues, debe tener por objeto alcanzar esta solución y facilitar la superación de la emergencia. Para ello, en el caso concreto, el Estado debe proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios. Tampoco esto requiere una inversión estatal desproporcionada, pues el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dispone de equipos de asistencia social que tienen capacidad para proveer este servicio, indicando a quienes recurrir e incluso ofreciendo los servicios de la actora a los privados que puedan demandarlos.

17) Que a modo de conclusión corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de la facultad conferida en el art. 16 de la ley 48, se resuelve ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar.

Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos

1° a 7° del voto de la mayoría.

8°) Que el derecho a una vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, tanto en su art. 14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11, inc. 1).

Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros).

Finalmente, cabe recordar que el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional; la Convención de los Derechos del Niño, incorporada al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada —junto con su protocolo facultativo— por la ley 26.378; imponen al Estado deberes adicionales de protección respecto de quienes, como el menor en este caso, se encuentran en especiales situaciones de vulnerabilidad.

9°) Que esta Corte tiene dicho que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989).

Por su parte, el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos. A tal fin, su art. 2°, inc. 1°, establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y

técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad.

10) Que, además, esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC. Por ello:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8°.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes.

11) Que, sentado lo expuesto, cabe recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna.

Por ese motivo, siempre y cuando se respeten los límites señalados en el considerando precedente, las políticas de acceso a la vivienda pueden variar o fijar prioridades según las distintas necesidades y capacidades de los habitantes, e incluso exigir algún tipo de contraprestación a quienes puedan proporcionarla. En particular, cabe resaltar cuando se trata de personas que están en condiciones de trabajar, la exigencia de un aporte —ya sea en dinero o en trabajo— no sólo resulta constitucionalmente válida sino que, además, contribuye a garantizar otros derechos fundamentales, tales como la dignidad humana y el derecho a procurarse la satisfacción de las necesidades básicas y vitales mediante el propio trabajo (art. 6°, PIDESC).

12) Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor.

De las constancias de la causa resulta que si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales (ver fs. 5, 18 y 19 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

En tales condiciones, las alternativas que la Ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limitan a la entrega de un subsidio en dinero —en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios—, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles.

13) Que el subsidio mencionado se concede por un plazo máximo de seis meses, y sólo puede ser prorrogado excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto (según decreto 690/2006, modificado por el decreto 167/2011). Esto implica que, al cabo de un máximo de diez meses, quienes obtuvieron el beneficio quedan nuevamente en la calle y ya sin ninguna alternativa para salir de esta situación. Eso es, precisamente, lo que hubiera ocurrido con la actora y su hijo menor de edad si no se hubiera dictado la medida cautelar a su favor en esta causa.

Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear —en las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables— un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad.

En efecto, tal como se acreditó en esta causa, la habitación en un hotel familiar, que acepta menores de edad, y que reúne condiciones mínimas de habitabilidad (dimensiones de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera), ha tenido para la actora un costo mensual de 1.700 pesos (ver fs. 3, 4, y 12 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

14) Que, por otra parte, la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna; tanto es así que la

propia ley local 3706 considera “en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2°).

En efecto, se trata de lugares transitorios donde las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Tampoco permiten mantener la unidad familiar ya que, en su mayoría, no admiten hombres, mujeres y niños en el mismo establecimiento (fs. 5, 6, 17, y 18 de la versión taquigráfica de la Audiencia). Estas características resultan especialmente inadecuadas para albergar dignamente a un niño que, como se ha demostrado en esta causa, requiere especial atención y cuidados.

Por lo demás, los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires.

Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda (ver Audiencia Pública, fs. 17 a 19 de la versión taquigráfica).

Por último, cabe señalar que aunque la actora también alegó que las condiciones de infraestructura, higiene, seguridad y salubridad de los paradores estatales son precarias y deficientes, esta circunstancia no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal en tanto no fue acreditada ni en el expediente ni en la Audiencia Pública.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que aún cuando el gobierno provea esta exigua contención, ello no modifica la realidad de desamparo de la actora y su hijo.

15) Que, en tales condiciones, la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción, en los términos de lo señalado en el considerando 10. En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna.

Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad, tal como se señaló en el considerando 8°.

16) Que, finalmente, cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad.

Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente).

Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que prima facie no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC.

Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir.

17) Que esta presunción, sin embargo, no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes.

Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos.

La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos.

Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso.

A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.

La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población.

18) Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico.

En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados.

Tal como ha quedado acreditado en esta causa, y se señaló en el considerando 12, quienes como la actora no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda.

Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Asimismo, se hace lugar al amparo interpuesto y se condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado (art. 16, segunda parte, de la ley 48).

Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La señora S. Y. Q. C. nacida en Bolivia en el año 1976, viajó a la ciudad de Buenos Aires en el año 2000 en busca de trabajo y mejores condiciones de vida, donde reside hasta la fecha. Tuvo diversas ocupaciones que le permitieron subsistir y en el año 2005, nació su hijo J. H. Q. C. quien padece una enfermedad que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social.

Por un corto tiempo, convivió con el padre del niño y su familia en Laferrere, provincia de Buenos Aires, desvinculándose luego de ese grupo por lo que regresó a la ciudad en compañía de su hijo.

De ahí en más, se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual recurrió al Gobierno de la Ciudad y obtuvo su inclusión en el Programa de Subsidios regulado por el decreto 690/06, modificado por los decretos 960/08 y 167/11.

Finalizadas las diez cuotas previstas, pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, lo que la condujo nuevamente a deambular por la ciudad de Buenos Aires.

En estas condiciones y por medio del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, la señora S. Y. Q. C. interpuso la presente acción de amparo por sí, y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas.

Adujo que la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación de emergencia habitacional. Asimismo, peticionó que, en forma provisional y como medida cautelar, se le ordenara que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento.

Seguidamente, impugnó la constitucionalidad de los arts. 5° y 6° del decreto 690/06, en tanto fijan como subsidio un monto incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada (fs. 1/63).

La jueza de primera instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario n° 12 de la Ciudad de Buenos Aires, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora “en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar” y que permita costear una vivienda (fojas 65/67).

2°) La Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y confirmó el pronunciamiento anterior que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la señora S. Y. Q. C. (fs. 337/340).

Para así decidir, refirió que el Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Asimismo dijo, que no corresponde al Poder Judicial expedirse respecto de cuáles son las medidas a adoptar, sino sobre su razonabilidad en el caso concreto y concluyó que constatada como se encontraba en autos la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, correspondía confirmar la condena dispuesta en primera instancia, con el fin de otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante.

3°) El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra esa decisión, revocó el fallo y reenvió la causa a la cámara de apelaciones que intervino previamente para que los jueces se expidan respecto de la situación de la señora S. Y. Q. C. teniendo en cuenta lo señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en el precedente “Alba Quintana” a cuyos términos remitió (fs. 397/437).

En esa sentencia, básicamente se sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda “no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.

Asimismo, se señaló en el fallo “Alba Quintana”, que quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asistir, “quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’, como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA; CN y PIDES)”.

Tales asertos fueron fundados en que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—”.

Al abordar puntualmente el tema de los subsidios habitacionales, se expresó que las restricciones que surgen de las normas reglamentarias, resultaban constitucionales, aún cuando fueran limitadas en el tiempo y en su monto máximo.

Empero, expresó, que lo que transformaría en inconstitucionales a tales instrumentos, sería que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respetara las prioridades establecidas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; situación que, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le era denegado a una persona que se hallaba dentro del universo de personas con prioridad.

Por los motivos anteriores, los doctores Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, en el punto 16 de su voto en la causa “Alba Quintana” revocaron la sentencia de cámara dictada en ese expediente y ordenaron el reenvío para que esos mismos jueces establecieran si se daban las condiciones previstas en el decreto 960/08, y si el actor había logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades establecidas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para acceder o mantener el beneficio del subsidio, es decir si logró acreditar que el beneficio se había concedido a personas con menores necesidades que las suyas.

De no comprobarse esos presupuestos, los magistrados debían expedirse entonces, en torno a la obligación de brindar al accionante un “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda, lo que también requería de la apreciación de cuestiones fácticas.

4º) Dicho pronunciamiento, originó el recurso extraordinario de la parte actora (fs. 448/473 vta.), que fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia local con base en que la decisión impugnada no era definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48. Ello dio origen a la presente queja.

5º) Los agravios centrales de la amparista pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Existencia de una sentencia definitiva. La apelante esgrime que si bien el Tribunal Superior de justicia de la Ciudad ordenó a la Cámara de Apelaciones que emita un nuevo fallo, las condiciones y pautas que determina la remisión al precedente “Alba Quintana”, no permiten a los jueces a quienes ordenan el reenvío la posibilidad de que le reconozcan de manera plena y adecuada su derecho constitucional a la vivienda, dado que tales líneas de pensamiento parten de una interpretación sesgada, irrazonable e insuficiente de esa garantía y fijan un estándar de asistencia minimalista que lo desnaturaliza como derecho humano y contradice su carácter operativo.

Sostiene tal afirmación, en que la cámara no podría apartarse de lineamientos tales como: I- Cumplir con los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda estatal, conforme la reglamentación que reputa constitucional plasmada en el decreto 960/08 y la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. II Ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios. III- Que en su caso, ya no podrá “continuar recibiendo el importe del decreto 960/08”, puesto que la reglamentación dictada por la Ciudad solamente ha previsto su prórroga por un plazo de seis a diez meses que ya se han agotado, por lo que habría quedado comprendida dentro del grupo respecto del cual la obligación de la demandada según el fallo, se limita a la protección de un techo o albergue básico. IV- Que deberá cumplir con la carga de probar su situación prioritaria, sin que los jueces puedan “asignar” los subsidios ni “afectar” recursos, dado que la sentencia impugnada que remite al precedente “Alba Quintana” afirma que dicha función sólo le compete al órgano ejecutivo.

b) La interpretación que hace el antecedente en el que se sustenta el reenvío de la causa para ser nuevamente fallada, desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa del derecho constitucional a la vivienda reconocido en el orden nacional e internacional, pues asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del derecho, además de impedir la evaluación de que en el sub lite, la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que ha reclamado.

c) La remisión lisa y llana al precedente “Alba Quintana” efectuada por la Corte local en la sentencia apelada resulta incompatible con la exigencia de evaluación individual que requiere el sub lite.

Ello es así, porque el presente caso no es uno más de aquéllos en los que se pide el acceso a una vivienda digna, dado que la peticionaria además de encontrarse en una situación de extrema pobreza, es madre de un niño afectado por una severa discapacidad, aspectos que en conjunto, exigían una especial consideración.

6º) Cabe aclarar, que en el presente expediente las partes están de acuerdo en que el niño J. H. Q. C padece una patología congénita de tipo neurológico que se denomina encefalopatía no evolutiva, que afecta gravemente su desarrollo intelectual. Que en consecuencia, sufre un severo retraso en el aspecto cognitivo, y que tiene defectos auditivos y visuales: que requiere atención constante para deambular, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás (conf. audiencia, fs. 11/12...). Asimismo, que hasta la concesión de la medida cautelar que se concedió, que aún tiene vigencia, ambos se encontraban en situación de calle (fs. 65/67, 261/262 y 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

7º) Asiste razón a la recurrente en su afirmación de que la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva. Así lo creo, puesto que la Corte local ha ordenado a los jueces de cámara la resolución del presente caso de conformidad con los argumentos vertidos en el precedente “Alba Quintana”, cuyos presupuestos fácticos difieren substancialmente de los que motivan este amparo, por lo que no sirven de base para abordar un aspecto central del caso, cual es la discapacidad del hijo de la solicitante que aquí se plantea y exige ser ponderada para resolver la causa.

8º) El recurso extraordinario es procedente, en cuanto la señora S. Y. Q. C. ha fundado su derecho —entre otras consideraciones— en la particular situación que se encuentra por tener un hijo con una severa discapacidad, de lo que se deriva que a efectos de hacer efectivo su derecho a una vivienda digna debía brindársele un trato preferente en la asignación de recursos (art. 14 bis de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, art. 75 inciso 22) y la resolución de la corte local ha otorgado fundamentos que no incluían ese especial tratamiento (art. 14.3 de la ley 48).

En función de lo expuesto, la competencia de esta Corte ha quedado habilitada para revisar si ante la seria patología del niño y la delicada situación económica de la madre, el gobierno local demandado podía negarse a darle una respuesta frente al reclamo habitacional que formuló en este expediente, sin vulnerar a la vez sus derechos constitucionales.

9º) Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones.

10) A continuación, efectuaré una reseña que demuestra la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer su derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad.

Los instrumentos internacionales incorporados a la Carta Magna reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 1º); el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25); El derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI).

Por su parte, en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad —aprobada en nuestro país por la ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...) la vivienda” (art. 3º).

En la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante la ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008—, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los Estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2, especialmente punto d).

Asimismo, se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º apartados 1 y 2).

En el orden interno, se han dictado numerosas normas sobre la materia tales como la ley 24.901 y 22.431 entre otras, que especialmente se refieren a la atención y asistencia integral de la discapacidad.

11) Las pautas antes señaladas son las que gobiernan la causa sub examine, por lo que frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que este último padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S. Y. Q. C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

Dicha hermenéutica, se apoya en que el gobierno local en su carácter de administrador de fondos públicos, tiene competencia para redistribuir, es decir transferir o asignar dinero para ciertos y especiales grupos de personas.

12) En la medida que la decisión adoptada por la accionada en relación con la peticionante y su hijo no ha seguido las anteriores directrices, ya que se limitó a ofrecer las mismas prestaciones que al resto de las residentes de la ciudad, corresponde obligarla a que atienda la problemática de vivienda planteada en autos a partir de la aplicación de la regla de distribución señalada en el considerando anterior.

Ello así, dado que sólo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local

quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los términos del presente fallo. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor J. H. Q. C., patrocinada por el señor Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Mario Jaime Kestelboim.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II.