

**CAUSA: PERSONAL DEL INSTITUTO DE LA MATERNIDAD S/ ABORTO -
ABUSO DE AUTORIDAD- VIOLAC. DE DEB.FRIO PUBLICOS.-**

Expte. N°: 16634/2013.-

////n 21 de mayo de 2014, presento a despacho.-


DR. JOSE HERNAN GOMEZ SORIA
PROSECRETARIO JUDICIAL
FISCALIA DE INSTRUCCION VI NOM.

SAN MIGUEL DE TUCUMAN, 21 de mayo de 2014.

Habiendo dictaminado la Defensoría de Menores e Incapaces respecto a la procedencia de la denuncia intentada (fs. 394/398 vta.), instando el archivo de la presente causa, este Ministerio entiende es dable adoptar para el caso lo peticionado por la representación promiscua de la menor A [REDACTED] Todo ello, en virtud del art. 341 primer y segundo supuesto del CPPT, por los siguientes fundamentos de hecho y derecho que se desarrollarán:

1) – La presente causa se originó a través de denuncia formulada por el letrado Arturo Forenza (h), el día 22/04/2013, mediante la cual puso en conocimiento del Ministerio Público Fiscal la posible comisión de los delitos de aborto, abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público (arts. 85, 86, 248 y cc. del CP) y/o los que resulten de la investigación que en consecuencia instó que se practique. Delimitó los hechos constitutivos del presunto delito manifestando que el día 10/04/2013 se habría realizado un aborto a una menor de edad quien tenía una gestación aproximada de 20 semanas. A tal efecto, explicó que tomó conocimiento del suceso mediante notas periodísticas publicadas por el diario “La Gaceta” el día 18/04/2013. Citó la famosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “F.A.L. s/medida autosatisfactiva” del año 2012 aunque, en un entendimiento diferente, planteó que ésta no resulta de compulsivo u obligatorio cumplimiento por parte de las provincias de la nación. Además, expuso que la provincia –al día de la

presentación- todavía no había formulado una guía para el desarrollo de la práctica del aborto no punible, por lo que dicha tarea no puede ser llevada a cabo validamente por los profesionales de la salud del Instituto de la Maternidad. Desarrolló breves consideraciones de derecho en orden a la interpretación de los arts. 85 y 86 del CP, y solicitó se de curso a la investigación con el objeto de deslindar responsabilidades concretas por el hecho denunciado y/o para evitar futuras practicas similares a la acontecida. Adjuntó, como vía indirecta de prueba, los recortes periodísticos del diario La Gaceta de fechas 18/04/2013, 19/04/2013 y 21/04/2013 (fs. 03/05) a los que hizo alusión cuando fundamentó la denuncia sobre el presunto suceso delictivo.

2) - Posteriormente, y aún sin haber dado curso a medida investigativa alguna, se insertó nuevo escrito dos días después de la denuncia presentada. En efecto, el día 24/04/2014, se presentaron en el expediente Julia Leonor Cruz –Secretaria de Género de la CTA- e Hilda Disatnik –representante de La Casa de Las Mujeres Norma Nasif-, con el patrocinio letrado de la Dra. Mariana Soledad Alvarez y la Dra. María Soledad Deza, peticionando el archivo inmediato de la causa instaurada contra el personal médico del Instituto de la Maternidad a través de la denuncia del Dr. Arturo Forenza (h). Para fundamentar lo solicitado, basaron sustancialmente su escrito (fs. 06/12) en dos ejes fundamentales.

En primer lugar, desarrollaron el fallo ya citado (F.A.L *s/medida autosatisfactiva*) dictado por la CSJN. Mencionaron que no correspondía cuestionar la legalidad de la práctica abortiva sobre una mujer que había sido violada. En consecuencia, insistieron en que la realización de tales actos no implica una práctica contra la ley vigente y que resulta innecesaria la autorización o venia judicial para llevar adelante dicho procedimiento quirúrgico. Finalizó realizando varias consideraciones relacionadas a la ligazón que debe existir entre la actuación del poder judicial y el cumplimiento de todas las condiciones que deben existir para que la salud pública no se vea menoscabada.

En segundo orden, solicitaron la investigación de violencia institucional que podría haberse cometido al haber trasladado, hacia sede judicial, la cuestión del aborto practicado en el Instituto de la Maternidad. Explicaron que el estado es el garante máximo del derecho a la salud y de los

derechos del niño, y que cualquier actividad que menoscabe el derecho al aborto –citan jurisprudencia- compromete la responsabilidad internacional del país y genera violencia –desde el punto de vista institucional- contra las mujeres que resultan víctimas de ese impedimento.

Por último, expusieron numerosas notas de índole jurídica emanadas de diversos tribunales y organismos internacionales que avalan argumentalmente el archivo inmediato de la causa por ellas propuesto.

2)- Planteada la cuestión de competencia funcional entre esta Fiscalía y la Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la V Nominación, atento a que en esa oficina tramita el expediente “LA FUENTE JORGE ALBERTO S/ABUSO SEXUAL, EXPTE 13184/2013”, donde se investiga el presunto abuso sexual que habría sufrido la niña a la que posteriormente se le practicó el aborto, la Fiscalía de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción decidió ordenar la competencia de esta unidad, por entender que existe fecha cierta de comisión del ilícito denunciado (10/04/2013) y que corresponde, por ende, que la investigación gire en cabeza de este Ministerio.

3) – Con el trasfondo planteado, es decir, la controversia acerca de la legalidad de un aborto realizado en un nosocomio público de esta ciudad, se adhirieron diversas personas y/o entidades a los escritos antes narrados.

Así, puede observarse la adhesión presentada por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos – Delegación Tucumán (cf. fs. 21/22), en la persona de su representante Atilio Pedro Castagnaro, a la petición formulada por la “Casa de la Mujer Norma Nasif” y por la Secretaria de Genero de la CTA a fs. 06/12.

Del mismo modo, aunque en la opción contraria, las adhesiones a la denuncia de origen que planteó el Dr. Arturo Forenza (h) a fs. 01/02 de autos por parte del Dr. Marcos José Terán y la Dra. María Teresa Mockevich (fs. 27/27 vta. y fs. 28/30 vta.).

Los argumentos de las adhesiones corren en cauce similar a los ya descritos en los acápites 1 y 2 de este decreto, por lo que se remite a esos párrafos, y a la lectura de las presentaciones de fs. 21/22, fs. 27/27 vta. y fs. 28/30 vta., en honor a la brevedad.

4) – Al haber planteado el denunciante la presunta existencia de una practica abortiva en el Instituto de la Maternidad, no negada por la parte que se opuso a cualquier avance procesal de la causa en esta fiscalía, se indagó sobre la efectiva realización de la intervención médica sobre la niña A [REDACTED]. A tal efecto se ordenó, en fecha 24/05/2013, remitir oficio al nosocomio citado con el objeto de que confirme si se había realizado un aborto el día 10/04/2013 y, en caso afirmativo, proceda a enviar a esta oficina toda la documentación que sea pertinente al caso -historias clínicas, etc.-. El oficio fue contestado por la Dirección de la dependencia médica, agregándose a su vez copia del proveído de la Dirección Gral. de Red de Servicios de la comunicación para tomar intervención en la causa, fotocopia de historia clínica, copia del consentimiento, informe social y psicológico e informe del Área Operativa Noroeste por la Dra. Graciela Labastida y Médico generalista.

En ese sentido, puede verse la nota dirigida por la Dra. Rosanna E. Chahla –Directora del Instituto de Maternidad y Ginecología Nuestra Señora de las Mercedes- al Sr. Secretario Ejecutivo Medico del Si.Pro.Sa. Dr. Fernando Avellaneda, de fecha 26/04/2013 en expediente administrativo 1171-413-D-13, mediante el cual se desarrolla cual fue el derrotero seguido desde la atención de la menor Agustina Lafuente hasta el desarrollo de la practica abortiva en el Instituto de la Maternidad.

Así, se relata allí que A [REDACTED] fue derivada desde el CAPS Presidente Perón al Instituto de la Maternidad, donde ingresó el día 10/04/2013, en horas de la mañana. En ese lugar fue atendida por la Dra. Amalia Picasso y por el Dr. Gerardo Murga, quienes le realizaron examen físico, evaluaron a la paciente y constataron la existencia del embarazo por intermedio de una ecografía obstétrica. Producto de tal situación, A [REDACTED] fue internada, resguardándose su privacidad y reservándose su identidad. En ese interin, recibió tratamiento psicológico por parte de la Lic. Fernanda Mónaco –de Unidad de Salud Mental- previo haberse comunicado ello a la Subdirección Médica –Dra. María Ines Martinini-, al Jefe de Sala de Partos –Dr. Ciaravino- y al Jefe de Consultorio de Salud Sexual y Reproductiva.

A través del abordaje psicológico de la menor se tomó conocimiento que ésta había sido violada por su padre biológico y se aconsejó

resolución inmediata de la situación padecida, teniendo en cuenta el deseo de interrupción voluntaria del embarazo que había manifestado la madre de A [REDACTED] [REDACTED] quien, en su momento, ya había realizado la denuncia penal pertinente. Con este elemento de juicio, sumado al conocimiento de las denuncias realizadas por la madre de la menor, la Dirección y el Equipo Médico evaluaron las alternativas de la práctica y el procedimiento a seguir. Todo ello de acuerdo a la edad de la paciente, y su estructura física y edad gestacional corroborada por ecografía, decidiéndose en definitiva la terminación por vía alta -aborto-. Se explicó a la madre esa alternativa y ésta autorizó, previo suscribir el documento de consentimiento informado, la realización de la operación. En base a ese camino, fundadamente explicado por el organismo público médico interviniente, se justificó el acto quirúrgico practicado a A [REDACTED] siempre conforme a las pautas indicadas por el equipo médico.

Del mismo modo, aunque en una instancia anterior de intervención, puede observarse la nota dirigida por la Dirección General de Red de Servicios del SIPROSA hacia la Defensoría de Menores e Incapaces correspondiente, poniendo en conocimiento de la última de las dependencias el hecho ilícito -presunta violación- que fue dado a luz tras conocerse el embarazo de A [REDACTED]. En el mismo camino, la nota de la Directora del Área Operativa Noroeste a la Dirección General de Red de Servicios. A fin de no abundar, y extenderme en el relato, me remito a la documentación obrante a fs. 34/79 de autos.

Solo resta decir que lo explicado por la Sra. Directora del Instituto de la Maternidad cuenta con la documentación de respaldo correspondiente y que, conforme puede verse en las copias remitidas, se ha dado la debida intervención a distintos y variados equipos médicos que evaluaron de modo global e interdisciplinario la situación de la paciente y la conveniencia o utilidad de llevar adelante la práctica del aborto en la menor. De esa manera, e independientemente de la inexistencia de una guía para la práctica del aborto en nuestra provincia, no se encuentra arbitrariedad en el tratamiento o abordaje de los médicos, ya que no se avizora un estudio de la situación que sea poco profesional o apresurado en relación a la paciente Agustina Lafuente. Por el contrario, la incidencia de diversos profesionales y de diversas áreas operativas

del SIPROSA, en conjunción con las explicaciones del caso dadas a la madre de la menor, la firma del acto por el cual consintió informadamente la práctica y una historia clínica detallada del estado de la paciente, indican que se ha cumplido debidamente con la *lex artis* impuesta para todo procedimiento quirúrgico. La circunstancia de que no exista una guía de aborto no punible no es óbice para efectuar la operación, teniendo en cuenta que las pautas que eventualmente pudieran insertarse en un documento de tales características solo serían sugerencias o propuestas formuladas por profesionales del propio sector público de salud de la provincia de Tucumán. En tanto ello no exista, el deber de los médicos para impulsar o realizar ese tipo de práctica –desde el punto de vista del ejercicio o abordaje medicinal y psicológico- se ciñe a las normas generales de la práctica médica, entendidas desde el punto de vista de la prudencia con la que los profesionales de la salud se guíen. En estos actuados, la abundante documentación que prueba el seguimiento constante de la situación de la menor [REDACTED] se ha comprobado. Por lo tanto, la pretensión del denunciante, respecto a la antijuridicidad de la práctica porque ésta no contaría con una guía que delimite la atención médica, fracasa desde un inicio. No hay norma alguna que presupueste el ejercicio de la práctica abortiva a una guía –solo sugerente- de aborto no punible.

No hay irregularidad en el proceder médico. La cuestión relativa a si resulta necesaria la autorización de un órgano judicial, o si un médico o equipo de médicos puede proceder de por sí a realizar un aborto, y los casos en que ello es viable desde un punto de vista legal, serán tratados más adelante cuando se considere cuál es el entendimiento jurídico que debe darse a las normas penales involucradas (aquéllas por las que se excitó el movimiento de la presente acción penal).

Solo valga de adelanto que la extensa y variada interpretación de tales artículos, incluidos en el Código Penal, remite a colegir o definir si el delito de violación se constituye como uno de los canales que habilita la realización de un aborto en las instalaciones de organismos públicos o privados y a través del máximo marco de legalidad de la práctica médica cotidiana. Previamente a adentrarme en la resolución jurídica de la cuestión disputada, y de acuerdo a los criterios expuestos por nuestro máximo tribunal, se

indagará acerca de la existencia de una violación –abuso sexual con acceso carnal- contra la niña [REDACTED] como así también cuáles serían los documentos que prueban ese acontecimiento. Ello es así al margen de que pueda avalarse, *prima facie*, la efectividad del delito, según el embarazo probado y la edad de la niña.

Veamos entonces, al solo efecto informativo, cuál fue el trámite seguido en el marco de esa causa que, a criterio de este Ministerio, en nada incidiría con la realización concreta de la práctica, o con un supuesto permiso o aval judicial para que se pudiese llevar a cabo.

5) – De igual manera, este Ministerio decidió oficiar a la Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la V Nominación a los efectos de que remita fotocopias certificadas de la causa bajo su examen, que tiene por objeto de investigación el hecho delictivo presuntamente padecido por la menor, y en la que se investiga a su propio padre. Así, según consta en autos (fs. 84), se pidió las actuaciones relativas a esa instrucción, recepcionándose éstas el día 13/11/2013 (cf. cargo actuarial de fs. 85).

En dicho expediente puede observarse que el imputado es [REDACTED], padre de [REDACTED], y que está sometido a proceso por el delito de abuso sexual con acceso carnal. Independientemente de la valoración de ese suceso, que resulta independiente a la competencia funcional de esta fiscalía –por turno ajeno-, es correcto visualizar cuáles han sido los pasos procesales que allí se han llevado a cabo. Ello, con el efecto de demostrar que, a la hora de realizarse la práctica en el Instituto de la Maternidad, la madre de la menor ya había puesto en conocimiento del poder judicial el evento ilícito padecido por su hija. Si bien, como se referirá *ut infra*, esa instancia no es necesaria para practicar un aborto no punible –como ha dado en llamarse- es conveniente resaltar que el presupuesto de hecho en el que se asentó la denuncia, en tanto aspecto motivacional para decidir realizar el aborto, no es totalmente infundado y cuenta con el suficiente respaldo probatorio. De allí que nos encontramos, ineludiblemente, con la existencia de una violación contra [REDACTED]. El tratamiento de la causa penal se dirige a dilucidar si le cupe responsabilidad penal al imputado en esta causa.

Conforme la causa remitida por la Fiscalía V, se

desprende que el día 03/04/2013 Teresa Noemí Martínez –madre de la menor- denunció a su concubino [REDACTED] padre de la menor- por entender que éste había abusado de su hija. Dicha circunstancia condujo al embarazo que luego fue tratado por el personal médico de las instalaciones del Instituto de la Maternidad. Así, relató el derrotero que siguió con su hija desde los primeros síntomas médicos hasta el momento en que se anotició sobre la causa de ese resultado –embarazo- (cf. copia certificada de fs. 88/88 vta.). Se dieron perfectas instrucciones para la investigación en sede policial (fs.) y [REDACTED] ratificó ante el órgano judicial su denuncia (fs.). La unidad fiscal actuante solicitó posteriormente la detención del imputado, la cual fue concedida (fs.). Asimismo, se procedió a recepcionar el día 26/04/2013 –posterior al evento aquí pesquisado- declaración a A [REDACTED] en Camara Gesell (cf. copia certificada de acta a fs. 131). En el mismo sentido, la Fiscalía V acumuló a la causa principal el expediente 14022/2013, instado en ese caso por el Director del CAPS “Presidente Perón”, entidad que fue la primera en conocer el estado de gravidez de la niña.

El imputado declaró en el marco de la pesquisa judicial y brindó su descargo correspondiente (fs. 192/193), requiriéndose luego su prisión preventiva (cf. copias certificadas de incidente de prisión preventiva contra el acusado de fs. 230/378), la que fue acogida posteriormente. Por último, destacaré la orden otorgada para desarrollar la pericia de ADN entre los rasgos genéticos del imputado –padre de la niña- y los patrones derivados de las muestras fetales (fs. 203, 210/212 y ccs).

En síntesis, ese ha sido el camino que se ha seguido durante la investigación del abuso sufrido por A [REDACTED]. Lo dicho, sin perjuicio de la valoración y juicio concreto que le cupe a la fiscalía actuante.

Solo vale mencionar el desarrollo de la causa para demostrar, como anticipé, que la víctima no tan solo se ha abocado a concurrir a un Centro Médico y/o Instituto de la Maternidad para realizarse un aborto. Las constancias agregadas se erigen como sobrada muestra de que la práctica cuenta con visos de respaldo suficiente para entender que en el caso se ha cometido una violación contra la niña víctima de ese injusto. De tal modo, la práctica médica, consignada en su *iter* en el apartado anterior, no desconocía en absoluto que el embarazo constatado podía provenir de un injusto penal, atento lo comentado por

la niña.

De este modo, independientemente de la interpretación jurídica de la cuestión, que permitiría incluso realizar la práctica abortiva sin siquiera precisar una denuncia penal, se ha corroborado que existe una causa en curso para delimitar responsabilidades por ese gravísimo hecho.

En ese sentido, para culminar, puede decirse que el procedimiento llevado a cabo en el ámbito del Instituto de la Maternidad no ha sido arbitrario desde el punto de vista de los procedimientos de la materia ni tampoco de los presupuestos de hecho que condicionarían la intervención de los galenos. Si bien es una cuestión ajena a la justicia, queda comprobado que los médicos que efectuaron la cirugía correspondiente estaban debidamente informados del modo en que la menor hubo llegado a ese embarazo e incluso se interiorizaron en concretar la denuncia correspondiente por el hecho que tuvieron conocimiento.

Es decir que contaron con suficientes elementos –afincados en el expediente– para una correcta aplicación de los procedimientos médicos y, con ello, la conclusión del embarazo de A [REDACTED]

6) – Explicado el derrotero seguido en el trámite de esta causa y los pasos profesionales que han seguidos los profesionales intervinientes, es dable adentrarse en el estudio concreto de la cuestión jurídica que se involucra. Esa disputa se dio a partir de que el denunciante instó la investigación de la presunta comisión de un ilícito penal por entender que el hecho anoticiado constituía una infracción a los arts. 85 y 86 del CP.

No está discutida la existencia misma del aborto. Las constancias agregadas al expediente son suficiente prueba para probar que ese acontecimiento existió. Es decir, los mismos profesionales han asegurado que se interrumpió el embarazo, respaldando sus dichos con las constancias documentales médicas que avalaron y explicaron cuál fue el proceso seguido en el lugar donde se le realizó el aborto a A [REDACTED]. Eso por un lado.

Por otro lado, es correcto estimar que en el caso existió una violación. Ello, en el entendimiento de que el embarazo probado –anterior premisa– en una niña de 11 años lleva ínsita la circunstancia de una relación sexual previa que, aún prescindiendo de la discusión sobre el consentimiento de

la víctima, define a esa relación como violación. Y es que no cabe discutir la interpretación del art. 119 1º y 3º párrafos del CP, en cuanto impone la definición de abuso sexual con o sin acceso carnal si éste se perpetrare contra una menor de 13 años. Va de suyo entonces que el delito ha existido, entendiendo que el sumario radicado ante la Fiscalía de Instrucción de la V nominación solo tiene por objeto y fin dilucidar si el padre de la menor ha sido el autor del suceso por el cual la niña debió solicitar luego, con la venia de su madre, la interrupción de su embarazo.

Vale decir, en lo consiguiente, que dos circunstancias de hecho quedan delimitadas. Por una parte, se ha probado el aborto y, por otro lado, la violación o abuso sexual con acceso carnal ha existido. La comprobación del autor del ilícito es irrelevante a los fines de afirmar que la menor concurrió con un embarazo producto de un injusto penal, es decir de un hecho -abuso sexual con acceso carnal- que la propia ley determina no puede ser consentido bajo ninguna circunstancia.

En ese marco es que ingresa la larga y extensa discusión jurídica sobre la interpretación que debe darse al art. 85 y 86 del CP, en tanto éstos involucran y hacen jugar a los dos supuestos de hecho delimitados.

En otras palabras, la cuestión pasa a sintetizarse del siguiente modo: ¿Es viable la realización de un aborto, eximiendo de responsabilidad penal a los médicos intervinientes y a la mujer intervenida, en caso de violación -abuso sexual con acceso carnal-? ¿O solamente ese supuesto -violación- se refiere a las mujeres con algún tipo de padecimiento mental comprobado?

Elegir una u otra alternativa, naturalmente, traerá consecuencias totalmente disímiles tanto para la universalidad de casos -tomados abstractamente- como para el acontecimiento singular aquí tratado. La interpretación amplia del art. 86 del CP reduce la actividad investigativa penal desechando la comprobación de la concurrencia de aspectos subjetivos -o psíquicos- de la mujer abusada sexualmente, y de cuyo acto derivó un embarazo. Por el contrario, la interpretación restrictiva impone realizar ese juicio de comprobación a los efectos de desaprobar o amparar la práctica realizada -juicio sobre demencia o idiotez de la mujer-. Veamos previamente algunas

o atentado al pudor contra una mujer idiota o demente".

Esa es la disquisición por la que se ha transcurrido durante mucho tiempo tanto en el sector doctrinario como en el jurisprudencial y ha sido influenciado naturalmente por circunstancias políticas e ideológicas de cada etapa del país.

En lo que a nuestro entender concierne, esta Fiscalía adhiere a la interpretación amplia del artículo, pues no hay en su letra, teniendo en cuenta el principio de taxatividad penal y legalidad, objeción alguna para interpretar que cuando el legislador menciona la violación contra una mujer idiota o demente deba incluirse a unas y excluirse a otras. Del mismo modo, atento a que nos encontramos con una disposición que lógicamente excluye la punibilidad, la interpretación que más se acerque a los derechos fundamentales de la persona –cf. art. 19 de la CN- será la correcta a la hora de ampliar el espectro de situaciones de hecho que la norma pueda contemplar. La interpretación exegética de la norma brinda esa posibilidad.

Por lo demás, una interpretación sistemática de todos los incisos (art. 85 y 86 del CP) daría lugar a entender la norma de ese modo. Véase que el primer inciso del art. 86 implica a aquellas situaciones donde peligra la salud de la madre y esa situación no puede ser enmendada por otros medios. No existe entendimiento alguno que permita afirmar dogmáticamente, y de manera general, que una mujer que ha sido abusada sexualmente, de la que derivó un embarazo no deseado, no vea configurada en su psique un peligro para su salud. El concepto actual de salud es sumamente amplio y abarcativo de la salud mental, por lo que esta forma de entender el precepto se vuelve correcta.

Ya en otro nivel, la cuestión penal de punibilizar esa práctica –de por sí bastante realizada en un marco ilegal- y su relación con normas internacionales protectoras del derecho de la vida ha merecido un adecuado tratamiento por parte de la CSJN en el leading case del año 2012 “F.A.L. s/medida autosatisfativa”, oportunidad histórica donde nuestro máximo tribunal, en su carácter de exclusivo intérprete de las normas federales y de su consonancia con las normas supranacionales, ha dado una respuesta afirmativa a la cuestión, es decir, la perfecta posibilidad de incluir a las mujeres que han sido violadas, y que no tienen características de idiota o demente, en el ámbito de la no

punibilidad.

En el acápite que sigue, se desarrollarán aquéllos aspectos delineados por la CSJN, con mayor profundidad a los aquí explicados, para avalar la decisión que aquí se toma en referencia a la situación concreta de la niña A [REDACTED]. Se considera que la decisión de la Corte nacional es un parámetro que no puede soslayarse. Y no sólo por que sus palabras emanan de la más alta autoridad judicial, sino porque constituye el modo correcto de conciliar todo el articulado que pueda mencionarse hacia una u otra posición. Así también porque en su opinión no solo se ha hecho referencias jurídicas, sino también porque tiene implicancias institucionales, políticas, judiciales y médicas, en todos y cada uno de los mandatos derivados a sus operadores. Esos mandatos guiarán el archivo que aquí se dispone. Por lo demás, unificará ciertas interpretaciones erradas y que en la realidad cotidiana no conducen a solucionar y a superar la mengua de ciertos derechos que, por una visión más limitada de la cuestión, solía darse a lo largo del tiempo. Veamos lo que el tribunal cimero opinó en un caso análogo –víctima a la que ya se le había practicado un aborto-. Se verá que únicamente bajo un pretexto ideológico y político podría ser desconocido por el denunciante.

8) – La CSJN explicó, en un fallo histórico, cuál es el sentido correcto que se debe asignar al art. 86 del CP. En efecto, luego de repasar los antecedentes del caso que resolvió, ingresó en la interpretación que aquí se repasará. Ello, a los efectos de demostrar que el archivo que se dispone no es arbitrario ni obedece a un capricho de este Ministerio, sino que se condice con las circunstancias de la causa y con las pautas o criterios expuestos por el máximo tribunal. En función de ello, la decisión aquí concretada es acertada. En el voto de mayoría, la CSJN, en uno de sus considerandos, expresó: *"(...) 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" (considerando nº 8 del voto de mayoría), de lo que se sigue que no se puede subordinar la condicionalidad de realización de tal práctica a un conocimiento judicial anterior, ya sea desde el punto de vista de una autorización previa por el órgano jurisdiccional o por el conocimiento posterior respecto a la responsabilidad penal de aquéllos que han cumplido o concertado algo que verdaderamente no está prohibido y está solo sujeto a condiciones médicas de operatividad dentro del procedimiento quirúrgico.

En otras de sus ideas, el máximo tribunal impuso: *"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"* (considerando nº 10 del voto de mayoría), en el entendimiento de que las normas constitucionales no configuran un valladar para interpretar restrictivamente el permiso que establece el Código Penal. De ninguna manera ha de entenderse ese precepto de una manera mas limitada pues, de las disposiciones que amparan el derecho a la vida, no se sigue que no pueda ser realizada la práctica abortiva. Así entonces, cualquier interpretación limitadora, aparente por cierto, que se intente con fundamentación en este artículo, cae ante la propia letra de la ley, el espíritu de la norma y la conciliación correcta con los instrumentos internacionales. Ampararse en el derecho a la vida del feto, desconociendo los derechos fundamentales de la mujer embarazada a consecuencia de la violación, desconoce justamente esa otra parte de la disputa, cual es la propia vida o integridad psicofísica de quien lleva adelante una gestación que en su formación no quiso y en el futuro no querrá.

Y esto tampoco configura una toma de posición arbitraria por parte de la CSJN, ya que ese organismo se ha encargado de citar ciertas recomendaciones y consejos emanados de organismos de carácter internacional que interpretan justamente los instrumentos que el cimero tribunal nacional concordó con la normativa nacional penal. En concreto, la CSJN manifestó la postura de diversos cuerpos internacionales cuando dijo: *"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)" (considerando nº 12 del voto de mayoría). Asimismo, respecto a la idea rectora sobre los derechos del niño –de gran trascendencia en el caso–, expresó: "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)" (considerando 13º voto de mayoría).

En otro de sus pasajes, la CSJN resumió una postura interesante en abono de por qué debe interpretarse ampliamente lo dispuesto en el art. 86 inc. 2º del CP y ampliar esos casos –de eximición de responsabilidad penal– a todos los casos de mujeres violadas. En efecto, como corresponde, planteó como uno de sus ejes argumentales, la imposibilidad de utilizar criterios de distinción donde la propia ley no distingue. Ello sella inevitablemente la suerte de la denuncia planteada, atento a que el caso de marras trata sobre una niña violada que no padece ninguna patología psíquica –demente o idiota–. Fue expresado en el caso "F.A.L." en los siguientes términos: "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)." (considerando nº 15 del voto de mayoría). Abogada a la cuestión criminal, en otra parte de su fallo, referenció: "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" (considerando nº 17 del voto de mayoría). En base a todo ello, es que no puede proseguirse con el trámite de esta causa, so pena de incurrir en lo que claramente explica la CSJN. Proseguir con la investigación para individualizar a los médicos ejecutores del aborto implicaría caminar hacia un castigo penal que se encuentra vedado por el art. 86 inc. 2º y que configuraría, en ese caso, un acto inconstitucional e incluso comprometedor de responsabilidad internacional, incluyendo como delito un aspecto de hecho que no debe incluirse. Esa arbitrariedad, amén de no ser correcta, violaría indirectamente los derechos de la menor consiguiendo una revictimización innecesaria teniendo en cuenta el hecho que ella padeció para llegar a esa situación límite.

Por último, para terminar, la CSJN hizo una somera referencia, a modo de *obiter dicta*, dirigida a la costumbre médica y judicial de someter los casos a modelos revisores previos de autorización cuando jamás la norma prevé que deba ser así. De lo contrario, se frustraría justamente el objeto de la permisión, cual es realizar un aborto. Se tornaría un sinsentido admitir esa permisibilidad si, en la realidad, existiesen mecanismos que la contrapesan de un modo que no ha sido prescrito. El máximo tribunal, en palabras más claras, especificó: "Es evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo 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) (...) 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." (considerando nº 19 del voto de mayoría), como así también "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" y por último "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" (los dos últimos del considerando nº 20 del voto de mayoría).

Concluyó su fallo advirtiendo a los profesionales de la salud cuál es el esquema correcto de actuación que les cupe en su ámbito profesional en relación a la cuestión, al decir: "*(...) se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, 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 (...)*", y se expuso a los tribunales judiciales cuál es el espacio donde no deben moverse y que no pueden, bajo pretexto de investigación, imponer obstáculos –previo a la realización- o castigos que desalienten la practica –posteriores a la concreción del aborto-. Para decir ello, se mencionó: "*(...) 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 (...)" (ambos pasajes del considerando nº 21 del voto de mayoría).

Para terminar con lo citado, y respaldar la toma de postura que este archivo acarrea consigo, me permito citar la sentencia conclusiva emanada desde la CSJN. Veáse la inversión que se hace en relación a la interpretación de la norma y el cómo se advierte una generación de responsabilidades penales si, por cualquier motivo, prosperase una denuncia que intente impedir la concreción de la práctica amparada en el permiso penal del art. 86 inc. 2º del CP, ya sea de modo previo, ya sea de modo posterior.

Creo que ese remate puntual sintetiza y resume no tan solo la disputa jurídica, sino también la solución aplicable a esta causa. En palabras de los jueces de la CSJN: "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" (considerando nº 24 del voto de mayoría). Rememorar esa frase y hacerla efectiva, archivando este proceso, es el deber que se impone a este Ministerio en aras de una correcta administración de justicia como intérprete de la ley penal y como garantía de los derechos de las reales víctimas a no ser revictimizadas bajo falsos procesos que esconden intereses ideológicos o políticos. Asumir esa postura lleva a corregir los desvaríos de quienes pretenden cercenar derechos plasmados en el código penal e instrumentos internacionales y fomentar una práctica institucional que, en el peor de los casos, conllevaría a responsabilidades penales de sus funcionarios. Dejar de lado esa actividad, y concretar una actuación que se aleje de ese tipo de denuncias, implica encuadrarse en el arquetipo de funcionario público que la CSJN instó que se despliegue a lo largo del país.

9) – Lo expuesto en el acápite anterior es contundente para respaldar la resolución que se toma en este momento. Así, la interpretación de los arts. 85, 86 y 119 da suficiente respaldo a la imposibilidad de investigar la actuación médica en el aborto realizado a A [REDACTED]. No tan sólo por los argumentos que esta fiscalía consideró, sino también porque la CSJN se ha expedido en ese sentido. Si bien ese pronunciamiento, como se sabe, no es de cumplimiento obligatorio, constituye un parámetro ineludible a la hora de resolver cuestiones que son hartamente similares, como en el caso. Optar por la interpretación contraria implicaría, en consecuencia, el deber de realizar una fundamentación mucho más contundente a la expresada por la CSJN, más aún teniendo en cuenta que ese órgano ha interpretado instrumentos internacionales que comprometerían la responsabilidad estatal del que este Ministerio forma naturalmente parte.

En el mismo sentido, una decisión en el carril contrario desnaturalizaría los mandatos que los órganos internacionales dirigieron contra la República Argentina respecto al entorno en que hoy por hoy se hacen las prácticas abortivas. Dar la espalda a esa situación, apelando a la investigación penal contra los médicos que justamente propenden a regular las situaciones ilegales observadas por los organismos internacionales, sería un contrasentido que iría en desmedro de las obligaciones referentes al Estado Argentino.

Dicho ello, las consideraciones de la CSJN, en el caso FAL, son automáticamente aplicables al caso en ciernes, donde no solo se ha comprobado que A [REDACTED] sufrió un abuso sexual y como efecto de él un embarazo indeseado, sino también que se ha procedido a cursar la interrupción del embarazo en un marco respetuoso de la legalidad y los derechos de la menor, como asimismo también de los protocolos médicos necesarios y suficientes para advertir las consecuencias naturales de tal práctica médica. En ese camino, la propia madre de la víctima del abuso sexual –en su carácter de representante legal- dio su visto bueno, firmando el consentimiento informado, para que se efectuó el aborto a su hija tras fracasar el abordaje psicoterapéutico brindado previamente por el personal del Instituto de la Maternidad. Bueno es repasar, entonces, que ese consentimiento informado guarda analogía con la declaración jurada que, a criterio de la CSJN, debe exigirse de modo anterior a realizar la

cirugía abortiva. Así dadas las cosas, no advierto que los médicos intervinientes se hayan apartado de modo alguno del curso corriente de la práctica médica, procediendo con total desconocimiento de la situación que se le presentaba en esos momentos, ni que tampoco hayan violado siquiera presuntamente la norma penal en ciernes. Ello es mucho más loable aún si el mensaje impuesto por el máximo tribunal también ha sido dirigido a la comunidad médica. En efecto, no contar con profesionales dispuestos a concretar esa operación tornaría infructuoso el derecho de la mujer -violada- que está dispuesta a interrumpir su embarazo. Nuevamente, bajo el amparo de una pretexto legalidad para salvaguardar derechos aparentemente absolutos -vida- se guía a otro de los derechos -el de la mujer- a la condición máxima de ilegalidad y/o clandestinidad. Va de suyo entonces que, operadas todas las condiciones técnicas, médicas, legales, etc., es imposible hablar de una práctica que haya excedido los límites de la legalidad o que se encuentre al borde de la sospecha de comisión de un injusto. Nada más alejado de ello. Por lo dicho, se impone considerar que la actuación de todo el personal médico del Instituto de la Maternidad, amén de ser aplaudida por lo antedicho, es totalmente atípica por las consideraciones de derecho *ut supra* expuestas. (No delito)

10) - Para finalizar, pueden agregarse algunas otras consideraciones. Según se vio, en primer lugar, ninguna actuación del cuerpo médico que intervino a A [REDACTED] constituye delito. Su rol enmarca dentro de las interpretaciones posibles del art. 86 inc. 2º del CP y, por lo demás, encaja con la dada por el máximo tribunal del país. Del mismo modo, es esa interpretación la que concilia mejor con los derechos de la niña, quien fue escuchada según lo mandan los mandatos internacionales, y optó por esa alternativa que, repito, no está vedada por la legislación penal actual.

En segundo lugar, los procedimientos llevados a cabo, al margen de toda consideración de la inexistencia en Tucumán de una guía de aborto no punible -requisito no excluyente-, se adecuaron correctamente a la *lex artis* de la práctica médica y tuvieron por objetivo el no cercenar la posibilidad de elección de la menor en el sentido de no llevar a cabo completamente la gestación que cursaba. Se actuó en el marco de celeridad que la situación

gravísima imponía, cumpliendo lo expresado por la CSJN cuando dijo: *"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."* (considerando nº 27 del voto de mayoría).

En particular, los médicos intervinientes han cumplido con su deber de estudiar globalmente el caso presentado y dieron concreción a aquéllas pautas que fueron explicadas por el cívico tribunal en los siguientes términos: *"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."* (considerando nº 29 del voto de mayoría).

Así también, ya en el desarrollo de la cirugía pertinente, se ha dado efectividad a los mandatos otorgados por la CSJN, referentes al modo en que esa actividad médica debe llevarse a cabo. En particular, los médicos del Instituto de la Maternidad han procedido de acuerdo a lo dicho por el más alto tribunal cuando explicó: *"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" (considerando n° 25 del voto de mayoría.)

Es dable ponderar todas estas circunstancias para dejar en claro no tan solo que no nos encontramos ante la sospecha de comisión de ilícito alguno, sino también para aseverar que, a través del caso expuesto, podemos decir que la provincia de Tucumán ha dado cabal cumplimiento al imperativo de conceder el aborto, dentro del cuadro de la mayor legalidad posible, a una niña que sufrió uno de los supuestos contemplados por la legislación penal para conceder tal permiso. Exponer el hecho como un presunto delito solo obedece a una discrepancia con una de las interpretaciones del CP que, ya sea por obedecer a criterios ideológicos o políticos, solo pone en evidencia la intencionalidad de circunscribir al fuero penal, en base a la criminalización de la conducta, a un método de interrupción del embarazo que a todas luces resulta legal y operativo en el marco de las condiciones *ut supra* expuestas.

En conclusión, vale decir que evitar este tipo de proceso o criminalización no solo hace a la actuación legal de este Ministerio Público dentro de sus propias funciones sino que también alienta la práctica médica para casos análogos y desalienta los miedos potenciales que personal médico pudiese tener en una situación de similares características. Con eje en esas dos premisas se fortalece, desde un punto de vista institucional, una actividad que seguramente, con el correr de los tiempos, quedará totalmente bajo el manto de la estricta legalidad, propendiendo a la realización de abortos bajo una dinámica segura para la integridad física de la víctima.

El rechazo de la clandestinidad y la operatividad de lo legal, asentada en un criterio que en lo absoluto puede ser considerado inconstitucional, sumado a la inexistencia de actividad judicial alguna que impida su prosecución, dejará al aborto como una práctica médica entre todas las demás que seguramente dará una adecuada respuesta al derecho de todas aquellas víctimas que, como en el caso de marras, entiendan que la interrupción de su embarazo -no deseado-, en tanto producto de una violación, puede ser interrumpido. El aborto, concebido en términos de interrupción del embarazo, es potestad de la víctima. El estado, por su parte y valga la concepción a dar, no

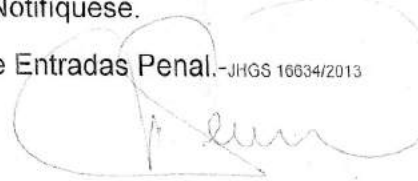
1
0
puede abortar la situación. El aborto pertenece a la víctima, no a la moral estatal.

Por todo lo expuesto *ut supra*, considerando que la práctica llevada a cabo sobre A [REDACTED] por personal médico del Instituto de la Maternidad se adecua a las pautas legales y de protocolo médico, que desde lo institucional se propende a fortalecer los derechos de las víctimas de abuso sexual que derivan en gestaciones no queridas, que nos encontramos con un caso que encaja sobremanera en los permisos legales penales (art. 86 inc. 2º del CP), que la CSJN ha dado las pautas necesarias para concretar ello sin intervención judicial, y que la denuncia impetrada obedece, más que a una nueva reinterpretación del artículo ya nombrado del Código Penal, a un interés ajeno a la simple actuación del fuero, la presente causa deberá cerrarse y ser archivada.

Por ello, compartiendo los argumentos otorgados por la Defensoría de Menores e Incapaces a fs. 394/398, más los fundamentos aquí dados, se dispone:

I) – **Archivar** la presente causa por entender que el hecho denunciado es plenamente atípico y, en consecuencia, no poder proceder en modo alguno con la prosecución de la investigación para arribar a un juicio de criminalización de la conducta médica del personal del Instituto de la Maternidad (art. 341 primer y segundo supuesto del CPPT). Notifíquese.

II) – Remítase a Mesa de Entradas Penal.-JHGS 16034/2013



MARIANA M. BENITO GARCIA
FISCAL
FISCALIA DE INSTRUCCION VI NOM.

En

se libró Cédulas N° 8081 y N° 8082



DR. JOSÉ BERNÁN GÓMEZ SORIA
PROSECRETARIO JUDICIAL
FISCALIA DE INSTRUCCION VI NOM.

En

remito a Mesa de Entrada en lo Penal.

