

OÍR AL FETO

R., L. M., de 19 años, con un desarrollo mental propio de una persona de 8 años, acudió, representada por su madre, a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, pidiendo autorización para interrumpir su embarazo, amparándose en la regla del artículo 86, inc. 2º, del Código Penal, que declara que no es punible causar el aborto de un embarazo producto de una violación o atentado al pudor a una mujer idiota o demente. Se trata de un caso que nunca debería haber llegado a conocimiento de un juez: R., L. M. y su madre se presentaron en el hospital pidiendo la interrupción del embarazo, la deficiencia mental de R., L. M. no se puso en dudas, su consentimiento para tener relaciones sexuales nunca puede ser válido, pues tiene la edad mental de una niña de 8 años; no había razones para dudar de que se daban todas las circunstancias que justificaban la intervención de los médicos en el sentido en que lo solicitó la madre de R., L. M. Sin embargo se pidió la autorización en primera instancia, que no está prevista por el Código Penal, y en primera instancia se ignoró la ley vigente. Lo mismo sucedió en la instancia de revisión y el caso llegó al máximo tribunal provincial, en el que, por fin, la mayoría observó la disposición del art. 86, inc. 2º, del Código Penal: se declaró que no podía ser punible la intervención solicitada por la madre de R., L. M. y se mandó a los médicos a practicar el aborto.

Pero Pettigiani, quien nombra la norma que se aplica a este caso, negó la autorización a los médicos para practicar el aborto, autorización que él no estaba habilitado para dar (y menos aún para negar). En este fragmento de su voto se lamenta por no poder oír al feto, en lugar de hacer caso a la ley, que no prevé que un juez prediga, cual si tuviera poderes adivinatorios, si un niño podría tener una familia cariñosa; tampoco permite el art. 86, inc. 2º, del Código Penal ninguna ecografía, juicio, autorización ni audiencia con el feto, la mujer, la madre, el padre o el violador.

Parece que muy pocos están de acuerdo con las disposiciones del Código Penal respecto de la interrupción de embarazos: algunos piensan que lo correcto es que las mujeres que quieran abortar puedan hacerlo, en razón de su derecho a disponer de su propio cuerpo y plan de vida, y otros, como el juez Pettigiani, creen que el aborto no debería estar permitido en ningún caso. Pero el artículo 86, inc. 2º, es muy claro y aunque les disguste a muchos, hay que aplicarlo, en lugar de dictar fallos *contra legem*.

Para el próximo caso de éstos, Pettigiani podría dar algún argumento jurídico mejor para no aplicar la ley que corresponde y declarar su inconstitucionalidad.

Fallo “R., L. M., NN. Persona por nacer. Protección. Denuncia”, causa ac. 98-830, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 31/7/2006. Voto del Dr. Pettigiani

“XVII. No puedo dejar de mencionar las conclusiones extraídas de la audiencia donde tuve oportunidad de conocer a la menor madre.

”Me encontré allí con una adolescente que presenta un apreciable retraso mental respecto a su edad real, quien no exteriorizó para mi percepción ningún signo de premuras ni angustias, irradiando una presencia alegre, ingenua y bondadosa. No advertí que tuviera conciencia de su embarazo, sobre el cual no inquirí por indicación de la psicóloga allí presente, y por las condiciones en que se realizó la audiencia, no del todo adecuadas en mi leal saber y entender, seguramente debido a la prisa con que la misma se llevó a cabo. Si bien es claro que tendrá marcadas dificultades para llevar adelante su rol de madre, no parece que sea incapaz de brindar afecto a su hijo y de encontrar en la maternidad un hecho motivador que le permita adquirir cierta madurez en su personalidad, por lo que, con las limitaciones que reconozco en cuanto a la provisoriedad de esta apreciación frente a la ausencia de una opinión técnica psicológica sobre el tema, considero que debidamente asistida podría rodearse al por nacer de un ambiente familiar idóneo.

”Por cierto en la entrevista estaba presente el hijo al que a diferencia de su madre no pude conocer.

A fin de tomar ese conocimiento de la situación del *nasciturus*, es que he planteado al tribunal superior que integro, en el Acuerdo Extraordinario del día 30 de julio del presente año, la realización, de manera urgente, de una ecografía tridimensional a la menor L.M.R. con relación a su embarazo.

”Esta petición tenía su fundamento procesal en las facultades ordenatorias e instructorias del art. 36, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial, y en las siguientes normas sustanciales: art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (con rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Const. Nac.), y en los arts. 2, 24 y 27 de la Ley 26.061.

”Lamentablemente esta petición fue rechazada por la mayoría de los integrantes del tribunal con excepción del Dr. Domínguez (no participó de la misma el Dr. Mahiques).

”La finalidad que buscaba con esa medida tendía a que, por un lado, previo al pronunciamiento de la sentencia, los ministros de este superior tribunal conozcan y tomen contacto con el cuerpecito y la persona del *nasciturus* a través de la grabación de la ecografía tridimensional. Es que al posibilitar este medio tecnológico esa situación, se podría haber logrado la difícil efectivización de un derecho también reconocido para el *nasciturus*

por el ordenamiento jurídico argentino: el derecho a que el niño sea oído y atendido cualquiera sea la forma en que se manifieste.

”Por otra parte, también entendí que resultaba indispensable tomar conocimiento preciso del desarrollo del embarazo en la menor (tiempo del *nasciturus*, sexo y toda información que la ecografía y su consiguiente informe podían suministrar).

”Ambos objetivos eran necesarios a los fines de resolver la presente causa con la mayor cantidad de elementos posibles.

”Indudablemente, el derecho a ser oído que posee el *nasciturus* tiene particularísimas características, debido a la instancia en que se encuentra de su desarrollo humano, razón por cual es necesario precisar sus alcances.

La necesidad de oír al niño se encuentra consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12.1), con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), y en la ley 26.061 (arts. 2, 24 y 27). Y, si tenemos en cuenta la reserva efectuada por la República Argentina al ratificar dicha Convención, respecto a que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad, no tengo dudas de que el derecho a ser oído también debe hacérselo efectivo al *nasciturus* con sus particulares características.

”En cuanto a los rasgos especiales que adquiere ese derecho en el *nasciturus*, principalmente dada su obvia imposibilidad de manifestación verbal, adquiere mucha significación lo dispuesto en el art. 2 de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes). Esta norma expresa que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

”Entonces, siendo que no estamos ante una causa relativa a la tenencia de hijos o régimen de visitas, sino que la misma se inició ante la remisión de unas copias de una IPP por parte del Agente Fiscal al Tribunal de Menores, debido a la posible realización de un aborto eugenésico que consideró de dudosa constitucionalidad, la decisión que adopte este tribunal superior, cualquiera sea el sentido de la misma, incidirá radicalmente en el destino del *nasciturus*, por lo que la manifestación de los movimientos de su cuerpo y el sonido de los latidos de su corazón, que la ecografía tridimensional facilita, pueden ser idóneos a los fines del art. 2 de la ley 26.061.

”En este sentido, resulta plenamente compatible con lo expuesto por esta Corte con motivo de la interpretación del art. 50 del decreto ley 10.067, cuando siguiendo el voto del Dr. Hitters (conf. causas Ac. 56.195, sent. del

17/10/1995; Ac. 71.380, sent. del 24/10/2000), entendió que la imposición normativa de tomar conocimiento personal y directo del menor, bajo pena de nulidad, importa, bajo la luz eminentemente tuitiva que caracteriza al régimen de menores (debido a la reforma constitucional de 1994 y la consecuente incorporación de los pactos internacionales), que atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad (...) será indispensable verlo porque ése constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido, el niño necesita la mirada de su juez (conf. causa Ac. 56.15).

”Este precedente de esta Suprema Corte coincide con el sentido de la petición realizada, e igualmente con lo dispuesto en la presente causa, con respecto a la necesidad de tomar conocimiento personal de la menor L.M.R., lo que se ha efectivizado hace unos días atrás.

”Por otra parte, también consideré que el conocimiento de toda información relativa al desarrollo del embarazo, principalmente, el tiempo del mismo, se tornaba necesaria para la evaluación del caso.

”Pues bastaba con observar el abanico de posturas expuestas ante esta instancia extraordinaria, como también otras que podrían adoptarse, entre las que posiblemente o no puedan hallarse las que consideren la viabilidad del art. 86, inc. 2, del Código Penal, para lo cual entraría en juego en esa instancia de análisis, el riesgo o no de practicar un aborto en la salud de la madre a partir de conocer el tiempo de desarrollo del *nasciturus*.

”Entonces, también este motivo coadyuvaba a la realización de la ecografía tridimensional junto con la necesidad de efectivizar el derecho a que el niño (*nasciturus*) sea oído y atendido cualquiera sea la forma en que se manifieste”.