

N. R. F. S/ ABUSO SEXUAL S/ INCIDENTE SOLICITUD INTERRUPCION
EMBARAZO S/ APELACIONES

San Carlos de Bariloche, 14 de abril de 2010.-

VISTOS:

Los presentes autos caratulados: "N. R. F. S/ ABUSO SEXUAL S/ INCIDENTE SOLICITUD INTERRUPCION EMBARAZO S/ APELACIONES", causa Nro. A1-2010-3736.-

EL DR. **ALEJANDRO RAMOS MEJIA** DIJO:

CONSIDERANDO:

Motiva el avocamiento de este Tribunal el recurso de apelación interpuesta por la señora Defensora de Menores Dra. **Paula Bisgoni** (fs. 115/124, ratificado en esta Alzada) en contra del decisorio asumido en el presente incidente por parte del señor Juez de Instrucción Dr. Lozada (fs. 81/100) que en su punto II determina "autorizar la interrupción del embarazo de T. N., declarando que su situación se encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86 inc. 2 del Código Penal.-

Se agravia la apelante por distintas razones, que explicita en su memorial.-

En primer lugar, argumenta que la resolución atacada es nula por no haber dado intervención efectiva y real al Ministerio Pupilar, ignorando los dictámenes que esa parte presentara.-

Especifica que el primer dictamen de su parte es del día 31 de marzo a las 19,00 horas; que el lunes 5 de abril produjo ampliación de dicho informe, reiterando la petición de que, previo a resolver se decidieran las cuestiones preliminares.-

Que pese a ello, el Juzgado omitió nueva vista, que el magistrado decidió sin considerar la posición del Ministerio Pupilar, afectando al derecho de defensa de su representado; sostiene además, que con fecha 5 de abril del corriente se comunicó con la secretaria Dra. **Romina Martini**, la que informó que no se habían proveído sus presentaciones y que el Juez se encontraba trabajando en la elaboración de la cuestión de fondo, lo que motivó su presentación oponiéndose a la interrupción del embarazo con fecha 5 de abril a las 13,05 horas, destacando que está certificado en autos que ese mismo día pero a las 12,45 horas el Juez habría puesto los autos a resolver.-

Según lo antedicho, expresa que resulta inverosímil que en 15 minutos el Juez hubiera dictado sentencia y que tuviera tiempo real de considerar las peticiones de las partes.- Expone que se agravia también por la circunstancia de que **la resolución en crisis hubiera sido comunicado y transmitido a la prensa antes de que fuera notificada a las partes y en su caso particular se enteró directamente pasadas las 13,15 horas por internet.**-

Cita en apoyo de su tesis, la doctrina de nuestro STJ, in re: "FRANK", "SANHUEZA" y "FERRADA CORTES" donde se destaca la esencialidad de la participación del Asesor de Menores.-

Sostiene la quejosa asimismo, que el magistrado de Instrucción resulta incompetente para resolver una cuestión de esta naturaleza, siendo materia a tratar por los señores Jueces de Familia.-

Que la afectación del debido proceso alcanzó también a la privación de la doble representación de su asistido que le corresponde en forma tutiva por el Estado (Cód. Civil arts. 57 y 59, 494 y ccdtes.).-

Invoca los arts. 51 y 63 del Código Civil que estarían conculcados en la resolución impugnada habida cuenta que el Juez sostuvo que "el mismo no es menor de edad y por tanto no le corresponde la descripción de tutor especial". (sic).-

Incluye dentro de los agravios la denegación infundada de medidas de prueba.-

Por último, se extiende sobre la cuestión de la afectación del derecho a la vida que corresponde a toda persona desde su concepción, invocando la aplicación de la Constitución Nacional, Constitución Provincial y Tratados Internacionales entendiéndose debe primar dicho derecho del nasciturus.-

A su turno, el señor Fiscal de Cámara contesta la vista pertinente a fs. 132/136, **adhiriendo al recurso de la Defensora de Menores**, solicitando se haga lugar a la petición de nulidad, considerando que el decisorio en crisis no es ajustado a derecho, que viola el debido proceso, la posibilidad de control de la doble instancia, calificando a la sentencia como **arbitraria**. Sostiene que - tal como reza el art. 415 del C.P.P. - el recurso de la Defensoría de Menores fue concedido con efecto suspensivo, no obstante lo cual se tomó la decisión de autorizar la interrupción del embarazo antes de que el Tribunal pudiera tramitar el recurso.-

Puntualiza la contradicción en que se incurre en la resolución del caso, entre los puntos I y II, donde por una parte se manifiesta que en los casos previstos en el art. 86 incisos 1ero. y 2do. del C.P.P. no se requiere autorización judicial para la interrupción del embarazo, para luego, "autorizar la interrupción del embarazo, manifestando que la situación se encuadra en el supuesto del aborto no punible del art. 86 inciso segundo del C.P..-

Invoca también la aplicación de los Tratados Internacionales donde se contempla que el derecho a la vida está protegido desde su concepción.-

Luego de esta reseña de las posiciones de las partes que se han expresado concretamente (apelante Dra. Bisogni y Fiscal de Cámara en su informe) estando notificadas los restantes y ratificando estos la posición asumida en el proceso, debemos inteligir en primer lugar dentro del marco específico de los agravios vertidos por la recurrente si, en rigor de verdad, **nos encontramos frente a una violación del debido proceso con afectación a la garantía de defensa que consagran la Constitución Nacional y la de nuestro ordenamiento constitucional provincial.**-

La respuesta a este interrogante - adelanto opinión - es positiva a punto tal que he de coincidir con las partes en que la resolución en crisis **arribó a su decisorio luego de violar sistemáticamente los derechos de la persona en gestación representada por la apelante**, señora Defensora de Menores Dra. Paula Bisogni, acordándole una participación meramente ficticia en el proceso.-

Fácil sería para este sentenciante remitirse a los profusos argumentos que la esforzada abogada vertiera en su memorial, aduciendo que los comparte plenamente; sin embargo en el particular y dadas las especiales connotaciones de este proceso entiendo necesario hacer una breve reseña de lo solicitado por la nombrada funcionaria y la falta de respuesta u omisión de resolución por parte del Instructor apelado.-

En función de ello, entonces, advierto que en el presente incidente **existen sucesivas presentaciones de la apelante que debieron ser tratadas y resueltas previamente a la decisión definitiva**. Por ejemplo a fs. 57/58 planteó la incompetencia del Tribunal para entender en la cuestión de la interrupción del embarazo, ya que como allí se señala: "La interrupción del embarazo es una medida propia del ámbito de la bioética ... se trata de una cuestión civil y en nuestro caso de familia (conforme Ley 3934), posición que comparto aunque no me pronuncio atento como se resuelve el presente.- Solicitó también la designación de **un tutor especial** de acuerdo al art. 397 del Código Civil y además la agregación de los certificados de nacimiento con los que se acredite el parentesco de los imputados de la violación a la menor.-

Esta presentación fue recibida en el Juzgado el 31 de marzo y sin merecer respuesta alguna por parte del Juez Lozada.-

A fs. 61 glosa nueva presentación de la Dra. Bisogni en donde propone un cuestionario para que se le requiera informe sobre el mismo al señor Psicólogo Forense, con idéntico resultado.-

No obra en autos ninguna providencia que respondiera a las sucesivas presentaciones de la Dra. Bisogni.-

He de destacar también que a fs. 63/67, glosa la presentación del señor Agente Fiscal Dr. **Marcos Rafael Burgos** pidiendo al Dr. Lozada se inhiba de entender en el presente planteo de interrupción de embarazo de la menor y remita las actuaciones a conocimiento de la señora Juez de Familia que corresponda con la urgencia que el caso amerita. Fecha de recepción de esta presentación abril 5 a las 10,50 horas.-

A fs. 68 nuevamente se presenta la Dra. Bisogni reiterando el pedido de designación de tutor especial para el bebé por nacer de conformidad con el artículo 397 y ccdtes. del Código Civil proponiendo como tutor al señor Defensor Público Oficial Dr. **Marcelo Alvarez Melinger**.-

Ninguna respuesta se registra una vez más de parte del órgano jurisdiccional.-

A fs. 69/80, toma intervención en representación de la menor el señor Defensor de Menores **Manuel Cafferata**.-

De dicho escrito se destaca en el punto 4 que: " como quedara planteada la cuestión entiendo necesario recordar primeramente, que como representante promiscuo de T.N. (artículo 59 del Código Civil), mi tarea es, principalmente de control y asistencia ... lo que no implica como lo advirtiera en autos con anterioridad que deba plegarme necesariamente a las pretensiones de mi representada, puesto que tengo la obligación de ajustarme en el ejercicio de mi función a las normas legales vigentes" (el subrayado es mío).-

Más adelante destaca el señor Defensor en el punto 5 que: " el escrito que motivara el inicio de este incidente de interrupción de embarazo, no contiene estrictamente una petición en tal sentido, sino que expresa **una consulta al Juez sobre la posibilidad de acceder al pedido que formularan a tal efecto mi representada, su madre y su hermana**.-

Por último es necesario recordar lo comentado en el punto 6 por el Dr. **Cafferata**, en lo relacionado con la potencial existencia de un riesgo grave de salud para su representada para continuar con el embarazo, opinando al respecto: "no puedo dejar de mencionar que muchas de las afirmaciones realizadas al respecto carecen de la debida fundamentación científica y tampoco se encuentran claramente determinadas las consecuencias psíquicas que puedan derivar de la concreción del aborto.-

No obstante todo ello, **el mismo 5 de abril el señor Juez de Instrucción Dr. Lozada resolvió autorizar la interrupción del embarazo** de TN declarando que su situación **se encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86 inciso segundo del Código Penal** (punto II). Además, en el punto anterior de su decisorio resolvió "poner en conocimiento a la señora Ministra de Salud que en los casos contemplados en el artículo 86 segundo párrafo incisos primero y segundo del Código Penal, no se requiere de autorización judicial para proceder a la interrupción de un

embarazo", incurriendo en una clara contradicción que será objeto de un análisis posterior.-

Resulta trascendente puntualizar que a fs. 105 se presenta nuevamente la Dra. Bisogni contestando vista, agravándose de que no se le haya dado participación desde el inicio del presente incidente ... afectándose con ello el derecho de defensa. Dice la defensora que agravia a esa parte la no resolución de las medidas preliminares solicitadas en vista del 31 de marzo del cte. y el 5 de abril por las cuales se solicitara pronunciamiento del A-quo en forma previa a decidir acerca de la competencia, designación de tutor especial, medidas complementarias como así también ampliación del informe psicológico.-

Solicita entonces se rechace la autorización de la interrupción del embarazo del presente incidente.-

Nótese que la presentación de la Dra. Bisogni es del mismo 5 de abril con cargo a las 13,05 horas, es decir, la misma fecha de emisión del interlocutorio en crisis.-

Y que por ejemplo, las notificaciones de rigor por parte del Juzgado se efectuaron a la hora 12,26 y 12,27 por fax conforme glosa a fs. 100 vta. y 13,20 como glosa a fs. 102 vta..-

Siendo esto así, asiste razón a la apelante cuando asevera que **el Juez omitió darle intervención adecuada**, como que también eludió considerar el dictamen de la suscripta que presentara en su Juzgado el mismo 5 de abril.-

Resulta razonable lo expresado a fs. 116, por la Dra. Bisogni: "ante la inaudita y sorpresiva circunstancia de que se fuera a resolver el fondo de la cuestión directamente, sin dárseme previa vista como marca la ley y expresamente había solicitado - aún por plazo abreviado de horas, teniendo en cuenta la urgencia del caso -, ello motivó de mi parte la inmediata impresión y suscripción del dictamen sobre el fondo, oponiéndome a la autorización solicitada, e inmediata presentación en el Juzgado actuante".-

Se refiere obviamente al escrito del 5 de abril a las 13,05 aunque como bien señala la quejosa ese mismo día a las 12,45 el Juez había puesto los autos para resolver, e inclusive las comunicaciones pertinentes a la Ministra de Salud al Hospital de El Bolsón y Dr. Saccomano registran un horario anterior a dicha puesta a despacho.- parece como lógica la aseveración del apelante de que **resultaría inverosímil de que en el breve lapso de 15 minutos el sentenciante hubiera considerado los planteos de las partes y dictado sentencia**.-

Cierto es entonces que **la supuesta participación de los actores del proceso en este expediente aparece como una burda ficción**, teniendo ribetes el mismo de una decisión irrevocablemente asumida por el Juez, fueren cuales fueren los planteos que

las mismas pudieren efectuar. Una decisión que indudablemente se tomó inaudita parte.

Según el recurso, la resolución en crisis afectó el debido proceso de la doble representación que le corresponde en forma tutiva por parte del Estado conforme artículo 57 y 59, 494 y ccdtes. del Código Civil.-

También en este acápite asiste razón a la recurrente, toda vez que el niño por nacer es persona incapaz por su condición y es representado normalmente por su madre conforme artículo 57 del Código Civil.-

Está claro que en el particular requiere un tutor especial lo que se encuentra reglado por el artículo 59 que expresamente prevé que además de los representantes necesarios (en este caso a la madre), los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores.-

Y en el caso resaltan claramente los intereses contrapuestos entre la persona por nacer y su progenitora quien solicitara la interrupción del embarazo

Por último he de destacar que a fs. 125, el señor Juez de Instrucción concedió el recurso de apelación que motiva el avocamiento de este Tribunal, con fecha 8 de abril del 2010.-

Y es aquí entonces que, respecto de ello adquieren particular importancia los conceptos vertidos en su informe por el señor Fiscal de Cámara Dr. López quien entiende - al igual que este sentenciante - que el recurso de apelación fue concedido con efecto suspensivo, pues de no ser así conforme el artículo 415 del C.P.P. y conferirlo con efecto devolutivo se debió disponer expresamente por auto fundado el porqué del apartamiento de la norma general.-

A efectos de que esto sea plenamente comprendido es preciso hacer saber que el efecto suspensivo, - valga la redundancia -, suspende los efectos de la decisión que se había adoptado, en el caso la interrupción del embarazo, y esto es así porque debe darse la oportunidad a las partes para que se quejen o agraven de esa determinación, correspondiendo a la Cámara finalmente, decidir quien tiene razón: en el caso la apelante Dra. Bisogni o el Dr. Lozada quien adoptara el decisorio que comentáramos.-

Es decir, luego de la concesión con efecto suspensivo el Juez Lozada atento el recurso en trámite y por el efecto suspensivo de su concesión, **debió instruir a las autoridades sanitarias para que paralicen y/o detengan las maniobras quirúrgicas a realizar en lo relativo a la interrupción del embarazo**, ya que su decisión no se encontraba firme.-

Sin embargo, ello no fue así.-

De acuerdo a la información periodística aparecida en el matutino Rio Negro, con título "Interrumpieron el embarazo a la menor", el Director a cargo del Hospital Dr. Guillermo

Di Lisio, informó que la joven fue internada el día miércoles 7 del corriente y que el jueves realizaron la intervención " en un marco de absoluta discreción".-

Con lo que debe colegirse que la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y la elevación del expediente a la Cámara el día jueves 8 a las 13,00 horas, no ha sido más que un mero formulismo, toda vez que ante dicha circunstancia el Juez con la misma premura que había actuado en estos trámites debió comunicarse con las autoridades del nosocomio local para detener la intervención quirúrgica, circunstancia que como se ve no ha sucedido. Bueno sería saber porqué. **Su decisión autorizando el aborto debía cumplirse sin importar lo que pensarán las partes y la alzada.**-

Y como corolario de todo ello parece importante puntualizar de que la misma Defensora de Menores e Incapaces precedentemente, con fecha 6 de abril con cargo 10,00 horas, (dos días antes de la operación), presentó nota a la señora Directora del Hospital Zonal Dra. **Susana Rodríguez** poniéndole en conocimiento que la resolución del Juez Lozada no se encontraba firme por haber sido apelada por esa parte, indicando allí conforme la normativa que invoca: " La sentencias judiciales no adquieren fuerza ejecutoria ni deben ser cumplidas hasta tanto se encuentren firmes, lo cual en el caso no ocurre por encontrarse apelada. Su cumplimiento o ejecución en dichas condiciones podrá ser considerada maliciosa, obstructiva de las vías judiciales pertinentes y ocasionar un desbaratamiento o frustración de derechos, por lo que se le solicita se abstenga dicha institución de ello".-

Como puede advertirse **si la autoridad sanitaria hizo caso omiso de la presentación comentada** parece evidente que tuvo pese a ello la autorización expresa o tácita del Juez hoy apelado el que concedió el recurso de apelación en carácter suspensivo a sabiendas de que el destino del mismo iba a devenir en abstracto pues la intervención médica ya había programado y ejecutado el aborto.-

Va de suyo que el recurso de apelación de la Dra. Bisogni deviene abstracto atento que, como es de público y notorio conocimiento la interrupción del embarazo ya se produjo, con lo que en principio carecería de sentido resolver las cuestiones insertas en la petición oportunamente efectuada.-

Ello no empecé empero a que la resolución atacada no pueda ser fulminada con una nulidad absoluta que puede y debe ser declarada de oficio por los jueces ante la comprobación de violaciones constitucionales.-

Es de recordar, que el artículo 149 del Código Procesal Penal establece que deben ser declaradas de oficio las nulidades que impliquen violación de las normas constitucionales; habiéndose detectado tal como se expresara más arriba el conculcamiento de la garantía de defensa para la persona por nacer en los términos y

alcances que se dedujeran en el recurso de apelación y en un todo de acuerdo con la doctrina de nuestro Superior Tribuna de Justicia de Rio Negro en la causa "Sanhueza" que impone la participación obligatoria y necesaria de los Defensores de Menores.-

Parece necesario a esta altura del análisis poner de relieve en que **ninguna urgencia existía al momento de la resolución atacada** como para que el Instructor tomara una decisión sin resolver previamente las posturas y peticiones que claramente le efectuaron las partes.-

Digo esto porque el informe de fs. 34, del perito forense Dr. Piñero Bauer, analizando el caso por específica recomendación del magistrado opinó que **al tiempo de gestación que llevaba la menor los riesgos son mínimos y que de acuerdo a la ciencia médica se considera una intervención de "bajo riesgo" hasta las doce semanas de gestación.** Es de recordar que la menor al solicitar la intervención médica contaba con **nueve semanas y media** de gestación, conforme certificación médica.-

Y así lo debe haber entendido el señor Juez, ya que continuó con el procedimiento en el incidente en estudio, sin recurrir como podría haberlo hecho a las facultades que le confieren el artículo 43 de la Constitución de la Provincia de Rio Negro, en donde ante esa emergencia si el Juez ejerce su imperio por sobre otra autoridad, acordándole al procedimiento el carácter sumarísimo que la misma ley fundamental prevé.-

Por ello **no se explica que tomara la resolución precipitadamente sin resolver los planteos de las partes** y con los ribetes y características que serán objeto de especial comentario.-

Dicho esto, viene a cuento ahora luego de recepcionar favorablemente el pedido de nulidad efectuar algunas consideraciones sobre el controvertido tema del aborto no punible, cuestión que es desarrollada con autoridad por el señor Fiscal de Cámara en su informe de fs. 132 y siguientes.-

Entiendo necesario efectuar algunas precisiones a este respecto, sobre todo porque **la decisión jurisdiccional en crisis ha sido comunicada por un medio atípico - conferencia de prensa - antes de la notificación de las partes y concitando quizás un movimiento de opinión en el público que puede haber creído que la opinión del Juez reflejaba la realidad de la regulación jurídica del instituto del aborto no punible.**-

Ello sin perjuicio de los particulares pensamientos que este sentenciante pueda abrigar sobre dicha temática y las eventuales reformas que quizás podrían introducirse obviamente desde el punto de vista legislativo, tarea - como es sabido - exclusiva y excluyentemente asignada al Congreso de la Nación que quizás no haya introducido las necesarias reformas que alguna corriente de opinión requiere atento la dificultad

que significa sortear lo dispuesto por los Tratados Internacionales en la materia vg. Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño que tiene carácter de ley preeminente en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994.-

Debe quedar absolutamente claro, que **los jueces aplicamos exclusivamente el derecho positivo vigente**. Si fuéramos más de ello estaríamos invadiendo el ámbito de otro poder del estado.-

Pues bien, como acertadamente sostiene el Dr. López, en el Derecho Penal Argentino, **el aborto es un delito**, castigado con severas penas, lo cual encuentra **excepciones que se encuadran en el marco de las excusas absolutorias**. A ellos pasaré a referirme.-

También sostiene el Fiscal de Cámara - cuyo criterio comparto -, que **no es al Juez a quien corresponde elegir entre la vida de una u otra persona, autorizando una intervención quirúrgica abortiva**, pues la intervención de éste aparece como necesaria luego de cometido el hecho y no antes.-

Ahora bien, ¿cuales son estas excepciones a la regla general antedicha que se denominan en la legislación penal "abortos no punibles"?.-

En el derecho positivo argentino hoy contamos con **el aborto terapéutico** consagrado en el inciso primero del artículo 86 que instituye determinadas condiciones, esto es, aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta y realizado 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 otra hipótesis de aborto no punible, la hallamos en el mismo artículo 86 en su inciso segundo, (que resulta ser el del decisorio en crisis), que contempla **la situación de la mujer víctima de una violación que fuera idiota o demente**, la que deberá además contar con la autorización del representante legal.-

Paso a referirme entonces atento la autorización conferida por el señor Juez Dr. Lozada, en el punto II a la que está enmarcada en el artículo 86 inciso segundo del Código Penal.-

Ninguna prueba existe en autos - todo lo contrario - **de que la menor supuesta víctima de abuso sea idiota o demente** (véase informe de fs. 24). Además a ello, se refiere el Juez cuando sostiene que es una "joven lúcida y psicológicamente estable".- La ley exige que además de dichas patologías o deficiencias la mujer "idiota o demente" debe haber sido violada en las condiciones que establece el artículo 119 del Código Penal. Estos tres son los requisitos que se requieren para la aplicación de este aborto no punible también llamado **eugenésico**. No puede faltar ninguno.-

Como hay coincidencia en el pensamiento doctrinario de que en este supuesto se trataría de una cuestión médica, debemos interrogarnos acerca de porqué el Dr. Lozada emite una autorización cuando en rigor de verdad, conforme sus manifestaciones, ello no sería necesario.-

Interpretando la cuestión dentro de las reglas de la sana crítica, fundamentalmente la lógica y la experiencia común, advierto que ello fue así porque el magistrado recurrido no hizo más que refrendar lo que otrora en doctrina se dio en llamar "aborto sentimental" que requería simplemente la comprobación del hecho delictivo de acuerdo a las pautas del artículo 119 del Código Penal, sin que la víctima estuviera afectada por demencia o idiocia. Ahora no es así.-

Siguiendo a Núñez, citado por Creus, vemos que éste refiere que con anterioridad: "en la fórmula del artículo 86 párrafo 2, inciso 2 de la Ley 21338, se contemplaba la impunidad del llamado "aborto sentimental": bastaba para la procedencia de la excusa justificante, que el embarazo se hubiese originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal).-

El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas del artículo 119 (abuso sexual con acceso carnal), sobre una mujer idiota o demente, exclusivamente.-

Y continúa diciendo Creus: " la expresa designación de la ley indica como único sujeto portador del embarazo interrumpido por el aborto impune, a la mujer idiota o demente y no a uno que deje de reunir esas características. Por lo tanto para que se dé la posibilidad de la excusa por autorización legal del aborto, la mujer debe haber concebido estando en esas condiciones mentales (Carlos Creus Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, páginas 63 y siguientes).-

A mayor abundamiento, del examen de las actuaciones remitidas tampoco parece surgir que el Juez se haya pronunciado respecto de **la probabilidad de la violación ya que hasta la fecha los acusados permanecen detenidos desde el 26 de marzo del corriente sin que exista resolución de su situación procesal**, en el caso, la prisión preventiva por el delito investigado.-

En relación con la hipótesis del artículo 86 inciso primero del Código Penal, estoy en un todo de acuerdo con la posición sentada por el señor Defensor de Menores Dr. **Manuel Cafferata**, siendo que, además tampoco existe prueba alguna en la causa de que haya corrido peligro la vida o la salud de la mujer embarazada y para el caso - como reza la ley -, que no haya podido ser evitado por otros medios.-

Es así entonces que la resolución del Dr. Lozada en este incidente puede ser calificada como de **arbitraria**, por cuanto omitió el examen y decisión sobre cuestiones oportunamente propuestas y que hacían al fondo del decisorio, porque no aplicó el

derecho positivo vigente en relación con los abortos no punibles, porque omitió las pruebas invocadas por el apelante que podrían haber sido decisivas y porque su resolución detenta fundamentos tan solo aparentes, todo de conformidad con el criterio que a ese respecto ha mantenido y mantiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Para que quede absolutamente claro:

1) El Dr. Lozada **era incompetente** por razón de la materia para entender en el presente incidente, siendo atribución de las señoras Juezas de Familias;

2) No obstante ello continuó con la tramitación del mismo **sin que existieran razones de urgencia** que justificaran su avocamiento a tenor del artículo 43 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, circunstancia muy distinta a la causa Masello Gustavo Leandro s/ acción de amparo, resuelto por la Cámara de Viedma y que cita en su decisorio;

3) El señor Juez de Instrucción **le acordó a las partes una participación meramente ficticia**, pues no resolvió ninguna de las cuestiones preliminares planteadas, **dejando a la persona por nacer sin tutor especial** no obstante los intereses contrapuestos entre la madre abortante y el feto (art. 397 del Código Civil);

4) El magistrado apelado concedió el recurso de apelación planteado por la Dra. Bisogni con efecto suspensivo elevando a la Cámara **cuando ya estaba decidido y ejecutado el aborto**;

5) Violó consecuentemente y en forma reiterada las disposiciones legales reseñadas y fundamentalmente el artículo 18 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial.-

En consecuencia de lo expuesto y de conformidad con lo que dispone el artículo 149 segunda parte del Código Procesal Penal, propongo al cuerpo se declare la nulidad de la resolución de fs. 81/100 que autoriza la interrupción del embarazo por violación al debido proceso y a la garantía de defensa en juicio de la persona por nacer con la representación de la señora Defensora de Menores Dra. Paula Bisogni.-

De acuerdo al artículo 153 del Código Procesal Penal, la nulidad que se propone abarca la resolución en todas sus partes.-

Como la resolución que se asume tiene indudablemente efectos precautorios para la regulación y práctica de los abortos no punibles, notifíquese además a la señora Ministra de Salud y a la señora Directora del Hospital Zonal de Bariloche.-

Así voto.-

EL DR. ALFONSO ESTEBAN PAVONE DIJO:

Que **adhiero en un todo al voto precedente**, resaltando de que a pesar de que la resolución en el presente, sobre la cuestión de fondo se ha tornado abstracta, resulta imprescindible pronunciarse, a fin de evitar que en el futuro se produzcan situaciones semejantes, ya que por las razones apuntadas por el preopinante, **permitir que se instale la opinión del A-quo sería ni más ni menos legalizar encubiertamente el aborto.-**

En efecto, ninguna duda cabe que luego de la reforma en el Código Penal en el artículo que nos ocupa, ha quedado completamente zanjada la discusión sobre el tema del aborto en el caso de violación de mujer que no sea demente o idiota.-

Y ello es así por una razón muy simple, justamente la ley nunca puede haberse referido a violación de mujer normal por cuanto en los comienzos de las actuaciones, y por ende al tomarse la decisión de interrumpir el embarazo, no está probada ni autoría, ni materialidad, ni responsabilidad, respecto de si realmente existió o no la violación, por lo que mal podemos decidir apresuradamente que estamos frente a tal delito.-

Por el contrario, la ley ha querido justamente excluir tal hipótesis porque al sostener que debe tratarse de violación de mujer idiota o demente, basta acreditar el acceso carnal al margen de quien fue autor y de todo tipo de pruebas sobre el delito, pues justamente la mujer idiota o demente no tiene consentimiento, por lo tanto probado como digo el acceso carnal y el embarazo, es lógico que ha sido un acto violatorio en los términos del artículo 119. Reafirma también este punto la circunstancia de que la ley expresamente recalca que debe tratarse de una mujer idiota o demente, sino para que lo puso en la ley, cuando simplemente bastaba poner aborto como consecuencia de una violación, sin hacer ningún tipo de distinción.-

Así voto.-

EL DR. **MARCELO BARRUTIA** DIJO:

Que adhiere a los votos precedentes.

Por todo ello, la **CAMARA PRIMERA EN LO CRIMINAL**,

RESUELVE:

I.- DECLARAR **LA NULIDAD** DE LA RESOLUCION IMPUGNADA OBRANTE A FS. 81/100 DE ESTOS ACTUADOS POR **VIOLACION DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES** (ART. 18 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y 22 DE LA CONSTITUCION PROVINCIAL), ARTS. 149 Y 153 DEL CODIGO PROCESAL PENAL, CONFORME CONSIDERANDOS.-

II.- NOTIFICAR LA PRESENTE A LA SEÑORA **MINISTRA DE SALUD DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO** Y A LA SEÑORA **DIRECTORA DEL HOSPITAL ZONAL DE SAN CARLOS DE BARILOCHE**, CONFORME CONSIDERANDOS.-

III.- REGISTRESE, PROTOCOLICесе, NOTIFIQUESE, FECHO, VUELVAN AL JUZGADO DE ORIGEN A SUS EFECTOS.-
