

**SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA -
TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 24

Año: 2018 Tomo: 2 Folio: 512-605

EXPEDIENTE: 5597080 -  - PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL C/ SUPERIOR GOBIERNO DE
LA PROVINCIA DE CORDOBA - AMPARO

SENTENCIA NUMERO: 24

En la ciudad de Córdoba, a dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, siendo las doce y treinta horas, se reúnen en acuerdo público los señores vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), en pleno, doctores Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Claudia Elizabeth Zalazar, Julio Ceferino Sánchez Torres y Silvana María Chiapero, bajo la presidencia de la primera, con el fin de dictar sentencia en estos autos, caratulados **“PORTAL DE BELÉN, ASOCIACIÓN CIVIL C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA – AMPARO – RECURSOS DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD”** (expte. 2301032/36 – hoy 5597080), con motivo de los recursos de casación deducidos por la parte demandada, la Provincia de Córdoba (fs. 1201/1216 vta.), y por la Sra. María Teresa Bosio, en el carácter de representante de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir (fs. 1218/1250), quien ha sido admitida en la calidad de tercera interesada; los que fueron dirigidos contra la sentencia n.º 38, de fecha veintiuno de mayo de dos mil trece, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, que en su parte resolutive dispuso lo siguiente: *“1) Hacer lugar parcialmente a la apelación de la parte actora y admitir, también parcialmente, el amparo planteado en autos, ordenando a la demandada se abstenga de aplicar las disposiciones de la Resolución del Ministerio de Salud N° 93 del 30 de marzo de 2012 y su anexo I denominado ‘Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el*

artículo 86 inciso 1° y 2° del Código Penal de la Nación' que se declara inconstitucional.
2) *Rechazar las apelaciones de la demandada y la tercera coadyuvante.* 3) *Imponer las costas por el orden causado”.*

Seguidamente, se determinan las cuestiones por resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: *¿Son procedentes los recursos de casación y de inconstitucionalidad deducidos?*

SEGUNDA CUESTIÓN: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES, DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL Y SILVANA MARÍA CHIAPERO

CONTESTARON:

1. Que los recursos incoados fueron concedidos formalmente por la Cámara mediante el Auto n.º 12, del 20 de febrero de 2014 (f. 1360/1362), y fueron elevados a esta sede en fecha 10 de marzo de 2014, donde se ordenó su correspondiente tramitación (f. 1371).

2. RECURSOS DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD

2.1 Recurso de casación impetrado por la Provincia de Córdoba

Pablo Juan M. Reyna, entonces procurador general de la Provincia de Córdoba, interpuso un recurso de casación (fs. 1201/1216 vta.) por tratarse de una sentencia que, según entendía, ocasiona un gravamen irreparable y que posee el carácter de definitiva, en los términos del artículo 384 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba (CPCC). En ese sentido, invocó los agravios y argumentos que a continuación se resumen:

a. Violación de las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento (vicios en el razonamiento judicial). Inexistencia de un caso actual que permita constitucionalmente la intervención de los tribunales para resolver en abstracto sobre el particular

La sentencia recurrida no se sostiene sobre la base de un razonamiento lógicamente correcto, que haga explícitas las razones por las cuales llega a un determinado resultado y no a otro. La

resolución de la Cámara es infundada, carece de todo sustento fáctico y de concordancia con las constancias de la causa, lo que la torna nula de nulidad absoluta, por violentar los artículos 326 del CPCC y 155 de la Constitución de la Provincia (CP).

Este vicio atenta contra la esencia del sistema judicial argentino, pues no hay un “caso judicial” concreto, ya que, cuando se trata de acciones de tipo colectivas, debe existir una causa fáctica común; esto es, la legitimación de la parte actora debe analizarse en función de un caso judicial concreto, supuesto que ha sido omitido por la Cámara. En definitiva, no existe en la presente causa un caso particular en donde se haya solicitado la práctica autorizada por ley y avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

b. Incompatibilidad de la acción de amparo con las facultades que otorga a Portal de Belén su propio estatuto social

El argumento por el que se reconoce legitimación procesal a la parte actora (Asociación Portal de Belén) resulta incompatible con los fines establecidos en su propio estatuto social, pues no se ha alegado ni probado la existencia material o efectiva de persona alguna por nacer que suscite el intento de protección de los derechos previstos por el instituto (amparo colectivo), y no es suficiente la mera hipótesis, expectativa o probabilidad como fundamento de una decisión como la recurrida.

c. Resolución autocontradictoria

La sentencia recurrida está viciada de autocontradicción; más específicamente, del vicio lógico denominado “paralogismo”. En efecto, la Cámara entendió que el artículo 86 del Código Penal es constitucional y, al mismo tiempo, declaró la inconstitucionalidad de la guía ministerial que reglamenta su aplicación.

d. Presunta contradicción entre el Derecho Público local y la legislación federal de fondo: debe prevalecer esta última

En la resolución atacada media una contradicción entre el Derecho Público local y la legislación federal de fondo, ya que el primero no puede ir en desmedro del derecho

sustancial (previsiones del Código Penal) ratificado tanto por la Corte Suprema como por la propia Cámara. Por esta vía, no se pueden anular los efectos de una norma del Código Penal, cuyo dictado corresponde al Congreso de la Nación en virtud de la delegación legislativa constitucional realizada por los estados provinciales.

Las atribuciones reservadas por las provincias de ninguna manera podrían eclipsar, anular o restringir el derecho de fondo dictado por el Congreso en ejercicio de sus facultades (artículo 86 del Código Penal) y las derivaciones que de dicha norma surgen, las que han sido claramente delimitadas por la CSJN con carácter de sentencia exhortativa para todos los habitantes de la República; de ese modo lo recepta la propia Cámara, cuando admite la constitucionalidad del referido artículo penal, pero luego, contradictoriamente, declara la inconstitucionalidad del protocolo que lo reglamenta.

Alega que dicha Cámara pretende desconocer la doctrina del Máximo Tribunal del país en cuanto intérprete final de la normativa constitucional e infraconstitucional, por medio de una supuesta ampliación de las garantías que, en realidad, deja sin efecto la regulación penal declarada compatible con las Constitución nacional (CN) -e interpretada de manera final por la CSJN-, en consideración y armonía con todos los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad argentino.

En realidad, no existe oposición entre la normativa provincial y la nacional e internacional, dado que ellas deben ser armonizadas o, en su caso, aplicadas teniendo en cuenta la jerarquía normativa proporcionada por el orden constitucional. Las normas de la Constitución provincial no resultan incompatibles con lo dispuesto por la Corte en “F., A. L.”, ni la Cámara explica las razones de la supuesta incompatibilidad.

La regulación de los derechos fundamentales, claramente ampliada por las disposiciones del artículo 75, inciso 22, de la CN, es una competencia de la Nación, y las normas locales no podrían transformar en abstractas las disposiciones que en su consecuencia y con ese fin se dictaran.

La Cámara incurre en un yerro cuando considera el aborto como una conducta siempre antijurídica, pues desconoce que las causas de justificación excluyen la condición antijurídica del hecho. A ello hay que sumar que, para que haya un aborto, debe haber una gestación y en las presentes actuaciones ello no ha ocurrido.

Por último, la intervención judicial por medio de la sentencia objetada compromete directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado. En efecto, la prohibición sentada por el tribunal *a quo* tiene como consecuencia la interrupción de una política pública llevada adelante por el Estado provincial, en cumplimiento del fallo dictado en “F., A. L.”, y que constituye una causal de suma gravedad institucional, puesto que se produce la privación de la atención médica en los supuestos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal.

Por lo expuesto, la parte demandada solicitó que se revoque el fallo recurrido y, subsidiariamente, formuló reserva del caso federal.

Posteriormente, cuando se le corrió traslado de los recursos de la tercera, la Provincia adhirió, en general, a ellos (fs. 1317/1319).

2.2 Recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación Civil por el Derecho a Decidir

María Teresa Bosio, en su carácter de representante de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, dedujo un recurso de casación (fs. 1218/1250), fundado en el artículo 383, inciso 1, y de inconstitucionalidad (art. 391, inciso 1), ambos del CPCC, en contra de la Sentencia n.º 38, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación. En el escrito recursivo sostuvo lo siguiente:

La decisión recurrida causa un gravamen irreparable a los derechos del colectivo de las mujeres que se encuentran o pueden encontrarse afectados, porque –entiende– es una arbitraria declaración de inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial n.º 93, de fecha 30

de marzo de 2012, y de su Anexo I, “Guíade Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punible, según lo establecido en el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal de la Nación”, en cuanto no pueden ni podrán acceder al servicio de salud para realizar la práctica del aborto no punible previsto en aquel cuerpo legal.

La sentencia implica un inadmisibles reemplazo o sustitución de la voluntad de la ley o de la doctrina legal vigente por la del propio tribunal, al haber declarado la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que reglamenta la aplicabilidad del artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, e importa una flagrante e irreparable violación a los derechos humanos del colectivo de mujeres.

La recurrente invocó los siguientes agravios:

a) *Vulneración del principio de congruencia. Motivo in procedendo (art. 381, inciso 1, del CPCC)*

El fallo atacado vulnera el principio de congruencia por cuanto no se han analizado los agravios expuestos por su parte y por la demandada (Provincia de Córdoba).

No se han tratado los agravios que refieren al desconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y al conflicto de intereses que se plantea en el caso concreto, pues en ningún momento se realiza una valoración que considere los derechos de las mujeres que se ven afectados por la decisión atacada, ni mucho menos tuvo en cuenta los tratados internacionales que protegen tales derechos.

De acuerdo con la recurrente, la Cámara no ha atendido los planteos efectuados por su parte y se ha limitado a exponer una serie de argumentos dogmáticos, arbitrarios, contradictorios y aparentes.

No se ha valorado en ningún momento la irreparabilidad que produce la declaración de inconstitucionalidad de la resolución ministerial en los derechos de las mujeres violadas, las que corren riesgo en su salud o vida al imposibilitarles el acceso al derecho previsto en el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, lo que genera un obstáculo que da lugar a

confusión respecto de cuál es el derecho aplicable en la provincia.

El tribunal de apelación esgrime argumentos para apartarse del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “F., A. L. s/Medida Autosatisfactiva” (Fallos, 335:197), sin tener en cuenta las recomendaciones expresadas por organismos de derechos humanos con relación a las interpretaciones restrictivas del artículo 86 del Código Penal que no garantizan el acceso al aborto no punible.

La omisión, por parte del tribunal *a quo*, de considerar argumentos tales como que en nuestra CN no existe ninguna referencia explícita a la protección de un derecho o interés de la vida desde la concepción.

En definitiva, la Cámara incurre en incongruencia por defecto (*infra petita*), y el único razonamiento que da para resolver en el sentido que lo hace no resultaría acorde con nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la integridad sexual de las mujeres tiene una protección mayor que el derecho a la vida del por nacer, y de eso dan cuenta las penas que prevé el Código Penal en los casos de aborto y abuso sexual con acceso carnal. A la vez que no valora en ningún momento la irreparabilidad que produce la declaración de inconstitucionalidad de la resolución ministerial en los derechos fundamentales de las mujeres, máxime cuando la normativa atacada es acorde con lo dispuesto en el Código Penal y las directrices sentadas por la CSJN. Esto violaría los derechos de las mujeres violadas, en particular los contenidos en el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Por otro lado, la Cámara no analizó la decisión del tribunal de primera instancia y falló extralimitándose en sus atribuciones jurisdiccionales, por lo que su decisión adolece del vicio de incongruencia por defecto (*extra petita*).

b. Falta de fundamentación lógica y legal. Violación de los principios de coherencia, no contradicción y razón suficiente

La recurrente también afirmó que la decisión de la Cámara viola palmariamente los principios lógicos de no contradicción y de razón suficiente. En ese sentido, esgrimió lo siguiente:

La interpretación efectuada por la CSJN sobre los alcances del artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal no puede configurar un acto lesivo en los términos del artículo 43 de la CN y de la Ley n.º 16986 para instar una acción de amparo. Entonces, a raíz de una disposición que se limita a establecer un impedimento para la punibilidad frente a determinadas circunstancias no se puede colegir que de ello se derive en forma directa e inmediata una amenaza inminente para el derecho a la vida de los niños por nacer.

El tribunal *a quo* trata de sustraer el caso de la órbita de aplicación del artículo 86 del Código Penal y de la interpretación efectuada por la CSJN en el caso “F., A. L.”.

De la justificación dada por la Cámara surge que el aborto estaría penalizado totalmente en nuestro país, pero el Estado, por razones de política criminal, ha decidido no perseguir aquellos abortos producto de una violación cuando la vida o salud de las mujeres corren peligro. Esto es contrario a la letra del artículo 86 del Código Penal, a los principios constitucionales que rigen en materia penal (principio de legalidad y de reserva), y a la interpretación efectuada por la CSJN (en particular, en “F., A. L.”), por los órganos internacionales de derechos humanos y por la doctrina penal.

Los abortos permitidos por el artículo 86 del Código Penal son conductas típicas y lícitas; es decir, obstan a cualquier persecución posterior, sea penal, civil o administrativa, en línea contraria a la sostenida por la Cámara, al considerarlos como una excusa absolutoria donde habría tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Esto último deja al descubierto el apartamiento notorio y sin argumentos sólidos de la interpretación efectuada por la CSJN en el caso “F., A. L.”, donde se entendió que el artículo referido contiene un permiso expreso, un derecho de las mujeres a abortar y, como contrapartida, una obligación legal médica de practicarlo.

El razonamiento de la Cámara incurre en una gran contradicción al declarar inconstitucional la Resolución n.º 93/12, que regula las prácticas médicas, por considerar que violenta el derecho a la vida del feto, cuando ella es la reglamentación del artículo 86 del Código Penal,

que no ha sido declarado inconstitucional por dicho tribunal.

La contradicción también radica en que, por un lado, excluye la aplicación de aquel artículo (el 86 del Código Penal), al considerarlo una excusa absolutoria que no afecta el derecho a la vida del feto, pero, por otro lado, analiza en abstracto la constitucionalidad de la Resolución n.º 93/12, destinada a hacer efectiva aquella norma del Código Penal.

La sentencia atacada es incoherente puesto que, a los fines de decidir sobre la legitimación activa de la amparista, la Cámara aplica la jurisprudencia de la CSJN, mientras que para resolver la constitucionalidad de la resolución ministerial, no; es decir, sin efectuar análisis alguno del precedente “F., A. L.”.

Es imposible que la Resolución n.º 93/12, que regula una práctica médica expresamente permitida por el Código Penal, sea inconstitucional (supuestamente por violentar el derecho a la vida del feto), dado que se funda en lo dispuesto por dicho cuerpo normativo, de manera que el conflicto de derechos ya se encontraba resuelto desde el año 1921.

La decisión atacada es contradictoria en cuanto a que, por un lado, dice que no se va a involucrar en la constitucionalidad del artículo 86, incisos 1 y 2, y por otro lado, declara la inconstitucionalidad la Resolución n.º 93/12. De esa manera se vacía el contenido de aquel artículo, lo que configura un acto de violencia institucional en contra de las mujeres, así como un sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes de todas aquellas niñas, adolescentes y mujeres que se encuentran en la situación fáctica prevista por aquella norma.

c. Violación del principio de razón suficiente: premisas falsas del razonamiento

Solo son verdaderos aquellos conocimientos que se pueden probar suficientemente al basarse en premisas previas, reconocidas también como verdaderas. Así, la Cámara parte de la afirmación de que existe vida desde la concepción y, por ese costado, le otorga el carácter de persona al feto y le concede una protección de carácter absoluto, pese a tratarse de una premisa que no está reconocida como cierta en nuestro ordenamiento jurídico ni en la última jurisprudencia nacional ni internacional. A partir de esto, declaró la inconstitucionalidad de la

Resolución n.º 93/12.

El tribunal *a quo* se basó en la declaración interpretativa realizada por la Argentina en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en atención a que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los dieciocho años de edad. Aquí, de acuerdo con la recurrente, la Cámara se ha apartado también del precedente “F., A. L.”, en donde se sostuvo que aquella declaración interpretativa no altera el alcance de la CDN, que debe aplicarse según las condiciones de su vigencia; esto es, de conformidad con lo que los órganos encargados de su interpretación decidan sobre su contenido (f. 1233).

En la misma línea, a la luz del principio general de buena fe (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), las declaraciones y reservas deben ser interpretadas en forma restrictiva y no pueden servir como fundamento para decretar la inconstitucionalidad de normas jurídicas que resulten válidas de acuerdo con una interpretación sistemática del derecho vigente. De modo tal que, en caso de inconsistencia con el resto del ordenamiento jurídico, la reserva o declaración lógicamente debe dejarse de lado. Por ende, el artículo 2 de la Ley n.º 23849 no constituye una reserva al tratado (CDN) en el sentido del artículo 2 de la citada Convención de Viena.

Por otra parte, si bien la Cámara fundamentó la decisión recurrida en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no hizo mención a la interpretación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en el caso “Baby Boy”[\[1\]](#), ni al precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la causa “Artavia Murillo”[\[2\]](#), en los cuales se tuvo en cuenta que varios países, entre ellos la Argentina, habían reconocido el derecho al aborto.

La Cámara también motivó su decisión en normas provinciales (arts. 4, 19.1 y 59 de la CP, y en la Ley n.º 6222) sin haber respetado la jerarquía constitucional prevista por el artículo 31 de la CN, pues el artículo 86 del Código Penal contiene una autorización expresa para abortar, lo que no ha sido reconocido por dicho tribunal.

d. Falta de fundamentación lógica y legal. Arbitrariedad

La sentencia es arbitraria, porque el tribunal de apelación no ha fundado adecuadamente su decisión en el derecho vigente, al concebir erróneamente el artículo 86 del Código Penal como excusa absoluta, sin valorar las exigencias legales ni los derechos humanos de las mujeres implicadas, de lo que deviene que la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución n.º 93/12 es errónea, se erige en un acto *contra legem* y debe ser declarada nula de nulidad absoluta.

El Estado argentino puede incurrir en responsabilidad internacional por apartarse de los lineamientos vinculantes fijados por la CSJN y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar los tratados internacionales.

e. Inconstitucionalidad

De conformidad con lo previsto por el artículo 391 del CPCC, la Asociación Civil por el Derecho a Decidir interpuso también un recurso de inconstitucionalidad en contra de la sentencia de la Cámara, oportunidad en la que esgrimió lo siguiente:

Existe contradicción y falta de argumentos para declarar la inconstitucionalidad de la mencionada resolución. Esto, entre otras cosas, a la luz de las recomendaciones de diversos comités en los que se ratifica la constitucionalidad de la normativa que admite las prácticas abortivas, tales como el Comité de Derechos Humanos; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1997 y 2010); el Comité de los Derechos del Niño (2010); el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011), así como el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso “L. M. R.” (CCPR/C/101/d/108/2007).

Resultan inconstitucionales los artículos 5 (inciso *b*) y 7 (inciso *d*) de la Ley n.º 6222, por cuanto establecen la obligación de los médicos de respetar la vida desde la concepción y la prohibición de la interrupción de la gestación, lo que está en franca colisión no solo con la normativa de fondo, sino con los derechos humanos de las mujeres. Desconocer tales

derechos y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos, para, en función de eso, declarar la inconstitucionalidad de la resolución ministerial, torna a la sentencia recurrida en una decisión arbitraria; esto, en tanto desconoce la más elementales normativas vigentes, pone en peligro la salud y derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes que requieren del Estado las garantías necesarias para poder acceder a la práctica de un aborto que el propio Código Penal considera atípico y, por lo tanto, no punible.

Parece absurdo considerar que un acto proveniente de un órgano competente provincial para reglar su actuar interno, y que goza de constitucionalidad, al ser dictado en consonancia con las normas legales aplicables y la interpretación del Máximo Tribunal de la Nación, pueda ser declarado inconstitucional. Esto genera consecuencias irreparables y sumamente perjudiciales para un grupo social altamente vulnerable, como es el caso del colectivo de las mujeres, niñas y adolescentes que requieren del Estado el acceso al aborto no punible al haber sido víctimas de violación.

f. Solución que pretende como correcta

Con motivo de lo expuesto, de acuerdo con la recurrente, la solución a la que debería haber llegado la Cámara tendría que haber sido necesariamente distinta a la de la actualmente casada: debiera haber declarado constitucional la Resolución n.º 93/12.

En síntesis, considera que la decisión objetada omite aplicar el derecho vigente al haber efectuado una interpretación errónea y al haber desconocido los precedentes jurisprudenciales de la CSJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, según la apelante, la sentencia violenta las reglas de la lógica y del razonamiento judicial, prescinde del sistema de gobierno fijado por la Constitución de la Nación y, al desconocer la autoridad de la CSJN, incurre en un acto de gravedad institucional y de violencia de género, que originaría responsabilidad internacional del Estado argentino frente a los organismos de derechos humanos.

Por tales razones, la recurrente solicitó la revocación de la Sentencia n.º 38 de la Cámara y, subsidiariamente, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5, inciso *b*, y 7, inciso *d*, de la Ley n.º 6222. En tal sentido, formuló la correspondiente reserva del caso federal.

3. De los recursos interpuestos se le corrió traslado a la parte actora, que, al contestarlos (fs. 1297/1314 vta.), solicitó que se los declarara inadmisibles, con costas. No obstante, esgrimió que, si se consideraba que eran formalmente procedentes, se declarara su improcedencia sustancial y que se confirmara la sentencia de la Cámara.

En su escrito, el representante de Portal de Belén afirmó que las recurrentes habían incurrido en meras repeticiones de argumentos que ya habían sido rebatidos. En ese sentido, manifestó que la Cámara no había violado el principio de congruencia; por el contrario, había percibido en su justa medida el conflicto de derechos entre dos personas (entre los derechos de un niño y su madre), así como que la tutela legal de la vida del *nasciturus* no menoscaba ninguno de los derechos legítimos de la madre.

También remarcó que la Cámara no había incurrido en un desconocimiento de la solución normativa que prevé el Código Penal. Esto, dado que –según dijo– dicha previsión es indiferente respecto del fondo del amparo promovido, dado que solo se trata de analizar si la guía (establecida mediante la Resolución n.º 93/12) es compatible o no con las normas constitucionales vigentes –tanto a nivel federal como provincial–, y con las leyes que rigen en Córdoba, aplicables al caso.

Destacó que el tribunal *a quo* no había violado los principios de coherencia, no contradicción y de razón suficiente. Esto, por cuanto la interpretación efectuada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, además de absurda, injusta y arbitraria, se refiere al artículo 86 del Código Penal y no puede enervar la vigencia de la Constitución de Córdoba ni de la Ley n.º 6222, que regulan una potestad no delegada por la Provincia.

En definitiva, de acuerdo con la actora, la sentencia de la Cámara está legalmente fundada,

carece de arbitrariedad, da argumentos dirimentes para no aplicar “*infelices precedentes*” (f. 1309) y ha interpretado correctamente la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debe ser confirmada en su totalidad.

Asimismo, en la oportunidad, ante la hipótesis de que el TSJ revocara la resolución de la Cámara, Portal de Belén ratificó la reserva que ya había efectuado de formular un caso federal (f. 1314 vta.).

4. De los recursos deducidos se le corrió vista a la Asesora Letrada Civil del Noveno Turno (f. 1320), que, al contestar, concluyó que los supuestos motivos esgrimidos por las recurrentes no hacían más que expresar las discrepancias de dichas partes con el resultado de la decisión. Por ello, a su entender, no revestían entidad suficiente para casar la sentencia de la Cámara ni para “*declarar su inconstitucionalidad*” (fs. 1321/1330).

5. Posteriormente, se le corrió traslado al fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales, que, al contestar (fs. 1332/1358 vta.), concluyó que correspondía conceder los recursos de casación, interpuestos por la parte demandada y por la tercera coadyuvante, como así también el recurso de inconstitucionalidad articulado por la tercera (Asociación Civil por el Derecho a Decidir).

6. DICTAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA PROVINCIA

Habiéndosele corrido traslado sobre los recursos planteados (f. 1371), el Sr. Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia emitió su opinión mediante el Dictamen *E*, n.º 159, de fecha 28 de marzo de 2014 (fs. 1372/1383 vta.), ocasión en la que se pronunció por la validez constitucional de la Resolución del Ministerio de Salud n.º 93 y su Anexo I, denominado “*Guíade Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punible, según lo establecido en el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal de la Nación*”. Como consecuencia, concluyó que debían acogerse los recursos deducidos por la demandada (Provincia de Córdoba) y por la tercera interesada (Asociación Civil por el Derecho a Decidir), al tiempo que debía restablecerse la vigencia de la mencionada guía o protocolo.

7. AMICUS CURIAE

7.1 Presentaciones espontáneas

En fecha 20 de octubre de 2014, la Asociación Civil Pro-Amnistía, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) solicitaron participar en el carácter de *amicus curiae* (fs. 1467/1486). Se corrió traslado a todas las partes intervinientes, quienes lo evacuaron (la actora, a fs. 1492/1492 vta.; la Provincia, a fs. 1496/1496 vta.; y la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, a fs. 1500/1501). Seguidamente, emitieron sus dictámenes la Asesora Letrada Civil del Noveno Turno, Mónica Tagle (el 4 de marzo de 2015, fs. 1503/1503 vta.) y el Fiscal General Adjunto (Dictamen E, n.º 96, remitido en fecha 12 de marzo de 2015, fs. 1505/1507 vta.). Posteriormente, mediante el decreto del 29 de junio de 2015, se admitió la intervención de los presentantes en la calidad invocada (fs. 1545).

En fecha 4 de mayo de 2015, comparecieron los legisladores, Julio A. Agosti, Graciela Susana Brarda, María Alejandra del Boca, Nadia V. Fernández, Aurelio García Elorrio, Beatriz Pereyra, Pedro Javier Pretto, Luis Sánchez, Amalia Vagni y Eduardo Yuni solicitaron ser tenidos como *amicus curiae* (fs. 1509/1525). Luego de haber corrido los traslados correspondientes a las partes (f. 1526 vta.), que los evacuaron (la actora, a f. 1529; la Provincia, a fs. 1533/1533 vta.; la Asociación por el Derecho a Decidir, a fs. 1536/1537), fueron recibidos los dictámenes (de la Asesora Letrada Civil del Noveno Turno, en fecha 15 de junio de 2015, fs. 1539/1540 vta., y del Fiscal General Adjunto, mediante Dictamen E, n.º 713, del 19 de junio de 2015, fs. 1542/1543). A f. 1545 consta el decreto fechado el 29 de junio de 2015 por el cual se admitió la intervención de los legisladores en la calidad invocada.

En fecha 21 de diciembre de 2015 (fs. 1572/1577), compareció la Asociación Civil Ojo Ciudadano y también requirió participar en la calidad de *amicus curiae*, petición que fue admitida mediante el decreto del 2 de junio de 2016 (fs. 1625).

7.2 Convocatoria para presentarse en la calidad de *amicus curiae* (Acordada n.º 7/2013

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)

Con motivo de los sucesivos pedidos de intervención en el carácter de *amicus curiae* –lo que ratifica el alto interés público que han suscitado estas actuaciones- y con el fin de equilibrar los intereses comprometidos y de no entorpecer la marcha del proceso, este Tribunal decidió encausar la tramitación de dichas solicitudes tomando como norte la Acordada n.º 7/2013 de la CSJN. Así, mediante el decreto de fecha 11 de abril de 2016 (fs. 1583 y vta.), se ordenó la publicación de edictos con la finalidad de convocar a todos aquellos que se encontraran en condiciones de aportar una opinión fundada -no vinculante- sobre la base de conocimientos y/o estudios que tuvieran respecto del objeto de la causa, para que comparecieran en el plazo quince días; todo ello, de conformidad con las pautas fijadas por la normativa de la CSJN anteriormente citada.

Por decreto del 20 de abril de 2016 (f. 1586) y a pedido de la parte actora, que había comparecido alegando que carecía de los fondos necesarios para afrontar la publicación encomendada (fs. 1585), se ordenó la publicación mediante edictos, sin cargo, en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba. Asimismo, con el fin de garantizar la mayor difusión posible, también se propició que –sin costo alguno- el llamado a *amicus curiae* constara en los sitios web oficiales del Gobierno de la Provincia, del Poder Legislativo y de este Poder Judicial. En cumplimiento de ello, obran las constancias de las respectivas publicaciones en esos sitios (fs. 1603/1607 vta.), así como en el Boletín Oficial de la Provincia (fs. 1618/1618 vta.).

En virtud del llamado efectuado por este TSJ, hubo 59 presentaciones en el carácter de *amicus curiae*, razón por la que ha sido necesario formar seis cuerpos de copias (cfr. el informe de la Secretaría, f. 1751 vta.). A continuación se detallan las asociaciones y personas que comparecieron:

María Florencia Coronel, Silvia Luna, María Teresa Mockevich, Stella Carreras y Marcos J. Terán, como miembros integrantes de la **Comisión del Derecho a la Vida del Colegio de**

Abogados de Tucumán (fs. 12/35); Matías Ortiz de Rozas y Ricardo Vamocchi Izzo, en representación de la **Fundación Nutrir** (fs. 42/51); María Teresa Mockevich y José Páez, respectivamente en su calidad de apoderada y presidente del **Partido Demócrata Cristiano de Tucumán** (fs. 54/61); Nancy Alberione y Pablo Nieto, por el **Partido Demócrata** (fs. 65/73); el Asesor Letrado Penal de Vigésimo Segundo Turno de la ciudad de Córdoba, Esteban Rafael Ortiz, en su carácter de **Defensor de Víctimas Menores de Abuso Sexual** (74/83); Alejandro Caballero, en representación de **APDES, Colegio Torreón de los Ríos de la Provincia de Tucumán** (fs. 89/108); Gustavo Bosquiardo y Eduardo Gobbi, por **Asociación Civil FAMINAT** de San Miguel, provincia de Buenos Aires (fs. 110/130); Nicolás Buteler Turrado, por **Comunidad Más Vida**, Organización no Gubernamental de la Provincia de Tucumán (fs. 131/140); Rafael de Vita, Gustavo Juárez, Silvio Montini y Diana Steinle por el **Instituto América, el Colegio Evangélico Haroldo, el Consejo Católico para la Educación de Córdoba** y el **Colegio Luterano** (fs. 155/161); Facundo Caballero Sonzini, por **Civilitas Asociación Civil** (fs. 162/165); Diego Fernández y Leandro Flocco, por la **Asociación Civil Frente Joven** (fs. 166/200); Eduardo Cuvertino, en su calidad de presidente de la **Asociación Civil Ambo** (fs. 201/226); José Eduardo Villena y Olga Beltramo, por la **Asociación Civil de Investigaciones Filosóficas** (fs. 227/247); Manuel Cornet y Carlos Goycoechea, en representación de la **Universidad Católica de Córdoba** (fs. 248/255); Juan José Sileone, como **concejal de Arroyito** (fs. 254/273); José Torres y Mariana Torres, por la **Fundación para la educación e investigación en Bioética (FEIB)** (fs. 274/290); César Murúa, Maya Balagar, Pablo Bollatti (tesorero) y Leandro Moscardó (secretario), por **FUNDEPS** (fs. 292/308); María Inés Franck, en su calidad de presidenta de la **Fundación Latina de la Cultura** (fs. 309/357); Pablo Salvador Curuchet, en su calidad de presidente del **Centro de Investigaciones de la Problemática Familiar** (fs. 402/417); **Ruy Barraco Mármol** (fs. 421/440); Álvaro Zamora Consigli, por la **Juventud del Partido Encuentro Vecinal Córdoba** (fs. 419/467); **Silvio Pedro Montini** (fs. 468/475); **Rodolfo Barra**

(fs. 476/510); José Torramorel, Hugo Horvath, Alfonso Buteler y Claudio Viale, por la **Fundación Jacques Maritain** (fs. 511/542); Mariela Guevara, Paola Fedrizi y Cecilia Merchán, por **La Matria Asociación Civil** (fs. 543/552); Lylan Luque, Rosa Reynaga, Ignacio André, Betiana Olearo Barrera, Ana Morullo, Omar Barrault y Claudia y Dadrón, Carolina García, por la **Fundación ECoS** (fs. 562/584); Alvaro Zamora Consigli y José Nicolás Pagano, por **Encuentro Vecinal Córdoba** (fs. 585/610); Diana Maffía, Paola Bergallo, Mario Pecheny, Marcelo Alegre, Agustina Ramón Michel y Mercedes Cavallo, **académicos especialistas en el tema por resolver** (fs. 611/620); Jorge Navarro, Martín Gamrom, Laura Pérez, Eduardo Salas, Lucía Zalazar, Pamela Chomiak y Soledad Díaz García, por el **Frente de Izquierda y los Trabajadores** (fs. 644/671); **Alpio Ricardo del Barco** (fs. 672/693); **Marianela Elisa Coconi**, coordinadora y consejera del Grupo Bíblico de Mujeres de la Iglesia Cristo Rey (fs. 694/697); **Diego Tatián**, en su calidad de decano de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (fs. 698/709); **Oscar Vera Barros** (fs. 710/713); **María Pilar Luque y José Dutari** (fs. 714/721); Walter Daniel Luna, por la **Fundación “Padre Pedro Richards”**, del **Movimiento Familiar Cristiano de Tucumán** (fs. 728/734); Luciana Echeverría y Lucas Cocha, por el **Movimiento Socialista de los Trabajadores** (fs. 735/747); Antonella Brandallise, Goldszer Isac y Agustín Goldszer, por la **Fundación Visión Educativa** (fs. 760/768); el profesor, doctor, **Daniel Salica** (fs. 765/770); Rodolfo Lemos, Juan Loutayf Ranea, por el **Colegio de Médicos de la Provincia de Salta** (fs. 774/777); **Carlos Alberto Rezzónico** (fs. 778/786); Julia Reartes, María Angélica y María Leonor Pepe, por el **Colegio de Profesionales en Servicio Social de la Provincia de Córdoba** (fs. 787/807); Nicolás Buteler Turrado, en representación de los **Vecinos de la ciudad de Arroyito** (fs. 808/831); **Claudia Susana Pedri y Cristian Schulthess** (fs. 836/852); Medardo Acosta, en su calidad de presidente de la **Fundación Familia** (fs. 846/867); Leticia Celli, Ivana Esper, Laura Vilches, Myriam Bregman, por el **Centro de Profesionales por los Derechos Humanos de Córdoba**

(fs. 868/873); Graciela del Valle Jiménez (fs. 874/886); Manuel Sjoberg, presidente de la **Fundación Red Mendocina Familia y Vida** (fs. 887/1126); Juan Pablo Quinteros y Graciela Brarda (fs. 1127/1136); Darío Capitaine, Soher Sukaria, Viviana Massare, Hugo Capdevilla, en su calidad de **legisladores de la provincia de Córdoba** (fs. 1137/1139); en la misma calidad, Gustavo Carrara, Miguel Nicolás, José Villegas, Carlos Ciprian, Ana Ferrando (fs. 1145/1155); **María Rosa Marcone**, secretaria del bloque legislativo del Partido Encuentro Vecinal (fs. 1145/155); Gregorio González y Rosa Zacca, en representación del **Instituto Familia y Vida “Juan Pablo II”, de la Universidad Católica de Salta** (fs. 1163/1177); **Guillermina Irigoyen, Berta Quipildor, Estefanía Pérez y Viviana Reinaga** (fs. 1168/1180); **María Cristina López** (fs. 1181/1186); César Orgaz, en representación de la **Federación Congregacional de Hermanas Terciarias Misioneras** (fs. 1187/1194); Jorge Edgardo Cáceres, en su calidad de **presidente del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Córdoba** (fs. 1208/1218); y Gastón Carroll Arrambide, en representación de la **Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles** (fs. 1219/1240).

8. Una vez vencido el plazo fijado, y teniendo en cuenta la complejidad y el interés público despertado por la causa, este TSJ admitió a todos los *amicus curiae*; ello, mediante el decreto fechado el 2 de junio de 2016 (f. 1625), el cual, tras ordenar la correspondiente notificación a las partes, a la Fiscalía General y a la Asesoría Letrada Civil del Noveno Turno, ordenó nuevamente el pase a los fines de resolver (fs. 1625 y 1635). Esto último, teniendo en cuenta que, tras el llamado de autos para sentencia (28 de marzo de 2014, f. 1384), el expediente había salido de estudio para poder sustanciar las presentaciones de quienes demandaban actuar como amigos del tribunal.

9. Mientras la causa se encontraba en estudio, ante las licencias o excusaciones de tres de sus vocales *naturales* (Carlos Francisco García Allocco, María Marta Cáceres de Bollati y Sebastián Cruz López Peña), este Tribunal debió acudir al mecanismo usual previsto por la

normativa vigente (Acuerdo Reglamentario n.º 721, serie A, con sus modificaciones) y, así, fue integrado con los camaristas Silvia B. Palacio de Caeiro, Claudia Elizabeth Zalazar y Julio Ceferino Sánchez Torres (f. 1652). No obstante, ante la excusación formulada por Palacio de Caeiro (fs. 1653/1654) fue convocada la vocal Silvana María Chiapero (decreto del 8 de marzo de 2018, f. 1655).

10. Seguidamente, en forma sucesiva, la parte actora se opuso a la excusación de la vocal Palacio de Caeiro y repuso el decreto fechado el 8 de marzo (fs. 1662/1665 vta.), y promovió un incidente autónomo de nulidad contra la mencionada providencia (fs. 1668/1669 vta.) por entender que no se había seguido un orden para llamar a los camaristas. Todo esto fue rechazado mediante el Auto n.º 69 (fs. 1718/1729 vta.), contra el cual Portal de Belén dedujo un recurso extraordinario federal (fs. 1739/1749 vta.).

11. Luego, la parte actora recusó sin causa al camarista Sánchez Torres y con expresión de causa a los cuatro vocales *naturales* de este cuerpo, Aída Lucía Tarditti, Domingo J. Sesin, Luis Enrique Rubio y María de las Mercedes Blanc de Arabel (fs. 1736/1737). Al mismo tiempo (f. 1760 vta.), reiteró el pedido de que se sustancie un presunto hecho nuevo (la decisión de la Cámara de Senadores de la Nación, el 10 de agosto de 2018, de rechazar el proyecto de ley que propiciaba la interrupción voluntaria del embarazo), pese a que el pedido había sido contestado oportunamente (f. 1717) y a que Portal de Belén no había recurrido dicha decisión, que había quedado firme. En abono de su pretensión, la actora demandó que se amplíe o subsane el decreto fechado el 17 de octubre pasado (mediante el cual este TSJ había tenido por presente otro supuesto hecho nuevo alegado), al tiempo que planteó –en forma subsidiaria- su reposición (f. 1760 vta.).

Todas estas nuevas incidencias han sido resueltas mediante el Auto n.º 106, fechado el 9 de noviembre de 2018 (fs. 1764/1773 vta.), contra el que Portal de Belén formuló un pedido de aclaratoria (fs. 1779/1785), que ha sido rechazado por manifiestamente improcedente mediante el Auto n.º 114 (fs. 1789/1792 vta.).

12. Atento al estado procesal de la causa, el Tribunal quedó en condiciones de resolver las cuestiones planteadas y, así, fijó fecha para el dictado de la sentencia en audiencia pública (f. 1798).

Y CONSIDERANDO:

I. LOS *AMICUS CURIAE* COMO UNA FORMA DE FACILITAR Y PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EN UN PROCESO DE GRAN RELEVANCIA SOCIAL Y PÚBLICA

Aunque nuestra legislación procesal no prevé la figura de los *amicus curiae* o amigos del tribunal, eso no ha sido un obstáculo para efectuar una convocatoria en tal sentido. Desde el comienzo de este proceso, varias asociaciones se presentaron de forma espontánea tanto en primera como en segunda instancia y solicitaron que se les diera participación en ese carácter. Esta demanda se agudizó desde el momento en que tuvo que intervenir este Tribunal, como se ha dado cuenta en el punto n.º 7 del acápite anterior, al relacionar los actos procesales cumplidos.

Precisamente, para evitar dilaciones y las sucesivas vistas a las partes que había que correr ante cada nueva presentación espontánea, este Tribunal resolvió efectuar un llamado amplio (f. 1583), por única vez, para posibilitar que todos los interesados –con conocimientos o experiencia acreditada en la materia debatida en estos autos- tuvieran la oportunidad de expresarse. Esto se lo hizo bajo la guía pretoriana de la CSJN, que, con el mismo fin, por medio de varias acordadas (las n.º 28/2004, n.º 14/2006 y n.º 7/2013), reglamentó la forma de admitir la participación de los *amicus curiae* en aquellas causas –tramitadas ante dicho tribunal- en las que se ventilaran asuntos de trascendencia institucional o que resultaran de interés público; todo, con el fin de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales. Cabe recordar que tanto la Corte Suprema de Estados Unidos^[3] como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos^[4] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos posibilitan la actuación de *amicus curiae*^[5].

Amén de la razón procesal detallada (concentrar en un único momento procesal la intervención de todos los interesados), este Tribunal entendió que el llamamiento a *amicus curiae* constituía una forma de escuchar a diferentes actores sociales (organizaciones no gubernamentales, catedráticos, instituciones científicas, religiosas, entre otros) sobre una cuestión urticante, en la que están en juego derechos fundamentales, y sin que la convocatoria significara afectar el derecho de defensa de las partes; esto, en la medida en que se precisó que las opiniones no serían vinculantes y solo tendrían por finalidad posibilitar el mayor esclarecimiento de este Tribunal.

La cantidad de *amicus curiae* que respondieron al llamado (cerca de un centenar), así como la rica polifonía de las visiones expresadas por sus escritos, pone de manifiesto que, en causas como la de autos, este instituto coadyuva a la discusión de argumentos públicamente ponderados, al tiempo que se transforma en un mecanismo idóneo para amplificar las voces sociales en procesos de honda trascendencia social. Como han sostenido algunos autores: “[E]s un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales”^[6]. En esta misma línea puede decirse que la experiencia ha significado una forma de articular, en clave procesal, el mandato del preámbulo de la Constitución de la Provincia, que al mismo tiempo que ordena consolidar el sistema representativo y republicano postula como objetivo institucional definitivo el establecimiento de “una democracia pluralista y participativa”.

II. PARADIGMAS, MODELOS E IMAGINARIOS SOCIALES: LO QUE SUBYACE A LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Antes de comenzar con el desarrollo de los agravios planteados por las partes recurrentes, resulta imprescindible precisar que, en materia jurídica, ningún ejercicio interpretativo –con mayor razón cuando se trata de cuestiones tan delicadas como las discutidas en estas actuaciones- opera en el vacío, sino en función de paradigmas o modelos; esto es, conjuntos de aparatos conceptuales que responden a una determinada forma de abordar ciertos

fenómenos, condicionados por el momento social, cultural, histórico y político en el que resultan vigentes o aplicables.

Los paradigmas tienen como telón de fondo un ensamble de conocimientos, creencias y certezas que conforman una visión del mundo (cosmovisión), en relación con determinadas teorías y marcos teóricos predominantes en un período histórico dado. Se caracterizan por su temporalidad, por su subordinación contextual y por su valor consensual.

Gran influencia en ellos proyectan las distintas modificaciones, evoluciones y revoluciones científicas, puesto que importan un cambio parcial, gradual o total de la percepción social del mundo, lo que va necesariamente acompañado del correspondiente cambio paradigmático.

Por su parte, los imaginarios sociales ponderan y promueven valores, apreciaciones, ideales y conductas respecto de los miembros de una sociedad. Son el resultado de complejas redes relacionales entre prácticas discursivas y sociales. Es así como, a partir de ese entrecruzamiento, el imaginario comienza a cobrar vida como tal tan pronto como se independiza de las voluntades individuales, de las que -sin embargo- depende para materializarse. El imaginario social no uniforma las conductas individuales, sino más bien genera tendencias.

En definitiva, la conducta social se encuentra sujeta a las prácticas de un tiempo y de un contexto determinados, lo cual importa la vigencia y adhesión a un sistema de valores y supuestos que identifican una determinada tradición cultural. El mencionado imaginario social o colectivo se construye sobre la base de discursos, prácticas sociales y valores internalizados en la sociedad; actúa como regulador de conductas (adhesión, rechazo o indiferencia) y se caracteriza por su dinámica cambiante con el paso del tiempo.

Ahora bien, desde la estricta perspectiva política, institucional y constitucional, los paradigmas, modelos e imaginarios sociales suelen ser expresados y canalizados primeramente por movimientos sociales, grupos de opinión, entre otros, y luego -y teoría de la representación política mediante- por los componentes de los poderes legislativos, en tanto

destacados y auténticos mandatarios de la voluntad popular, en toda su extensión y variedad ideológica, política, cultural, religiosa o económica. Todo esto, en coherencia con la regla constitucional según la cual el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades (CN, art. 22 y CP, art. 3).

Desde ese ángulo, los poderes Ejecutivo y Judicial, cada uno conforme a sus atribuciones y funciones, son los encargados de garantizar la efectiva administración y el resguardo de los derechos, obligaciones y procedimientos trazados por el ejercicio de la función constituyente (al sancionar la Constitución) o de la legislativa (al sancionar normas con alcances generales), de cuya observancia dependen la legitimidad y alcance de las decisiones que deben ser adoptadas por aquellos.

A lo largo del desarrollo argumental de los diferentes planteos formulados en estas actuaciones por las partes, como así también de los aportes que a través de numerosos *amicus curiae* fueron puestos a consideración de este Tribunal, es posible determinar que uno de los aspectos críticos y centrales de este arduo, extenso y trascendental debate radica, precisamente, en la interpretación de los alcances de derechos fundamentales de rango constitucional o reconocidos por normas de fondo.

Esta operación interpretativa, ahora en cabeza de quien tiene competencia constitucional para ello (art. 116, CN; y arts. 160 y 165, CP, entre otros), resulta clave para precisar los márgenes de la adecuada regulación de tales derechos, en función de los paradigmas actuales, que condicionan el ejercicio hermenéutico desplegado por los jueces. Entonces, este delicado pasaje luce fundacional y previo a cualquier exigencia atinente a la administración y resguardo de tales derechos, así como a las obligaciones y responsabilidades que derivan de ellos.

Ahora bien, tal interpretación constitucional importa asumir lo siguiente, tal como la Corte ya lo ha señalado: *“La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda*

oponérsele el concepto de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera o no enfrentaba los peligros de efectos catastróficos; regla de hermenéutica a la que no escapa la Constitución Argentina y que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución en un plano superior de su perdurabilidad y de la del Estado para cuyo gobierno pacífico ha sido instituida” [\[7\]](#).

Consecuentemente, una exégesis estática de la Constitución de la Nación y de las leyes reglamentarias, aferrada a las circunstancias de su sanción, no resulta adecuada. Esto, dado que, así concebidas, no serían normas idóneas para perdurar y regular la evolución de la vida social, que siempre estaría sujeta a las condiciones originarias y no a aquellas en las que deben ser aplicadas según la discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores. Tal forma de concebir la interpretación jurídica -como también lo tiene dicho la Corte- importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la República. Esto, en Estados Unidos, ha generado ásperas controversias entre los denominados “originalistas”, apegados a petrificar los significados que emergen de los textos constitucionales, y aquellos que defienden conceptos como los de “constitución viviente” o “carta viviente”; en otras palabras, la lucha siempre es entre quienes entienden que la interpretación supone desentrañar significados unívocos y verdaderos establecidos de antemano y aquellos otros que piensan que el texto constitucional debe releerse a la luz de cada ciclo histórico sin perder la mirada de conjunto, en “*la continua conversación que es nuestra Constitución*” [\[8\]](#).

En esta misma línea, Linares Quintana ha sido muy claro en sus palabras, al sostener: “*La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan la Ley Suprema del país*” [\[9\]](#).

Las tensiones interpretativas respecto de los derechos y bienes jurídicos en juego (el derecho a la vida de la persona por nacer y el derecho a decidir de la mujer que ha quedado embarazada como producto de un abuso sexual con acceso carnal) han quedado de manifiesto en el centenar de *amicus curiae* que, para el mayor esclarecimiento de este Tribunal, se han expresado a lo largo del proceso, aunque de forma no vinculante. Esto evidencia que estamos ante un delicadísimo conflicto de derechos de jerarquía constitucional, el cual –además- no versa sobre las vicisitudes de la situación de una mujer en particular (como aconteció en la causa “F., A. L.”[\[10\]](#)), sino sobre las objeciones constitucionales generales planteadas por la parte actora respecto de un instrumento de rango ministerial (la “Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punibles”). Este protocolo, que tiene como soporte el fallo judicial dictado por la CSJN en “F., A. L.”, está destinado no solo a reglamentar dichos derechos constitucionales en juego, sino –además- a determinar el o los procedimiento/s que se debe/n seguir para materializar la protección o el sacrificio de tales derechos, según cómo se lo conceptúe en virtud de los diferentes puntos de vista y esquemas de preferencias valorativos largamente desarrollados en los presentes autos.

Entonces, habiendo sido definidos los contextos paradigmáticos y sociales, como así también los criterios exegéticos que deben observarse en los silogismos por los cuales tiene que encaminarse la interpretación y resolución de los planteos y graves conflictos de intereses suscitados en estos autos, ahora corresponde avanzar en el desarrollo del razonamiento forense que este Tribunal debe concretar.

III. EL AGRAVIO VINCULADO CON LA LEGITIMACIÓN DE LA PARTE ACTORA Y EL CONCEPTO DE “CASO COLECTIVO”

Por razones metodológicas, uno de los agravios debe ser tratado con prelación: el vinculado con la supuesta falta de legitimación de la parte actora para promover una pretensión con las dimensiones y proyecciones de la intentada en estos autos; esto es, una acción de amparo colectiva en representación de los intereses difusos de la categoría comprendida por las

personas por nacer, al decir de la accionante. Esta cuestión merece ser abordada en primer lugar porque, en caso de prosperar la objeción articulada por la parte demandada (fs. 1208 y 1210 vta.), por razones lógicas, no tendría sentido considerar el resto de los agravios formulados por dicha parte y por la tercera interesada.

En otras palabras, bajo la causal del artículo 383, inciso 1, del CPCC, la cuestión radica en despejar si hay un caso colectivo –como postula el actor- y, de haberlo, si la asociación civil Portal de Belén cuenta con legitimación para plantearlo.

En la sentencia recurrida, la Cámara reconoció legitimación para accionar colectivamente a la parte actora, en función de lo dispuesto por el artículo 43 de la CN (con remisión, a su vez, a los fundamentos dados por el juez de 30.º Nominación en lo Civil y Comercial en el considerando n.º 3, c, de la Sentencia n.º 259, de fecha 24 de agosto de 2012) y bajo la premisa de que estaban en juego los derechos individuales homogéneos de las personas por nacer, que resultarían afectadas por una causa fáctica común. Esto –según la Cámara-, en la medida en que, si se aplicara la resolución ministerial n.º 93/12 (Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punibles), se procedería a la interrupción del embarazo a petición de la madre, con la sola condición de que esta declarara bajo juramento haber sido violada y que la gestación es fruto de ese hecho.

Antes de responder a los interrogantes formulados y de decidir si la respuesta dada por el tribunal *a quo* es ajustada a derecho, corresponde precisar los alcances de los términos “caso” y “legitimación” tanto desde el punto de vista tradicional (individual) como desde el colectivo, que es el que nos interesa en estos autos.

a. Los conceptos de “legitimación” y “caso” desde la perspectiva tradicional

Desde el punto de vista procesal, el de la legitimación consiste en uno de los problemas más arduos y debatidos, porque se vincula con los presupuestos que definen y posibilitan la actuación jurisdiccional; en efecto, los jueces no se expiden de oficio, en abstracto, ni evacúan consultas teóricas, sino en un caso concreto planteado por parte legitimada (de conformidad

con los arts. 116 de la CN y 160 de la CP).

En forma concomitante, aunque el tema ha sido largamente discutido, un caso judicial supone la existencia de una controversia con relevancia jurídica propuesta por quien está legitimado para ello, al tiempo que dicho conflicto debe ser actual (no hipotético) y debe requerir una respuesta jurisdiccional concreta (no dogmática ni académica) relacionada con los intereses o bienes en juego.

Tradicionalmente, los conceptos de “legitimación” y “caso” han estado asociados a una visión o perspectiva individualista o patrimonialista, según la cual el legitimado para instar una causa debe ser el titular de un derecho subjetivo o debe tener un interés diferenciado, propio, directo, personal, para accionar; es decir, desde esta mirada, no se concibe la capacidad procesal sin una vinculación directa y estrecha con la relación sustancial base, que precisamente impulsa –y legitima- a obtener un pronunciamiento judicial relacionado con ese derecho o interés legítimo. Esta conceptualización no ha perdido actualidad y sigue siendo la regla respecto de los derechos subjetivos en sentido estricto.

En este paradigma, la iniciativa procesal (legitimación) se encuentra centralizada en forma monopólica en el titular del derecho subjetivo o en el portador del interés diferenciado, razón por la cual debe mediar un nexo indisoluble entre la relación jurídico-sustancial y la jurídico-procesal, que solo puede trabarse a partir de la primera. Constituyen excepciones a esta regla algunas hipótesis de legitimación extraordinaria, como la acción de subrogación prevista por la legislación civil (actual art. 739 del Código Civil y Comercial) o por la Ley de Seguros (art. 80), que, cesión mediante de derechos, posibilitan accionar procesalmente a una persona diferente de aquella que ha concurrido originariamente a conformar la relación sustantiva base.

b. La recepción del “caso colectivo” a partir de la reforma constitucional de 1994

A partir de la reforma constitucional de 1994, además del caso individual clásico, se ha sumado la posibilidad de promover un *caso colectivo* (art. 43, segundo párrafo, CN). Incluso

con anterioridad, la Constitución de la Provincia ya contemplaba la plausibilidad de accionar en defensa de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos por la propia Constitución (CP, art. 53).

La irrupción de los casos colectivos se asocia, principalmente, a la tutela de los denominados nuevos derechos subjetivos públicos, también llamados intereses subjetivos no patrimoniales o derechos de tercera o cuarta generación; es decir, derechos que no pertenecen exclusivamente a nadie en particular, dado que son *“de pertenencia difusa, porque pertenecen a muchos en común”*[\[11\]](#). He allí su carácter transindividual, metaindividual o supraindividual.

Ahora bien, aquí hay que distinguir dos supuestos: los casos referidos a bienes colectivos indivisibles (como el medio ambiente) y los referidos a intereses individuales homogéneos que, aunque divisibles, tienen en común un único hecho o norma productora de la afectación a esa pluralidad, que justifica el tratamiento procesal común, en clave colectiva. Específicamente en la Argentina, los ribetes de ambas hipótesis han sido claramente definidos por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) en el caso “Halabi” (2009)[\[12\]](#) y han llevado a algunos doctrinarios a afirmar lo siguiente: *“[E]xistirá un conflicto colectivo que amerite una tutela diferenciada cuando se vulnere un bien de naturaleza colectiva o bienes y derechos de naturaleza individual, emparentados estos últimos por una relación de similitud cualitativa (equivalencia de las pretensiones particulares) ante un único hecho o acto generador del entuerto, y en la medida en que se encuentren afectadas un gran número de personas”*[\[13\]](#).

Como puede advertirse, la reforma de 1994 ha significado la recepción constitucional de derechos supraindividuales o colectivos. Estos, antes del caso “Halabi”, ya habían sido definidos por la CSJN de esta manera: *“[P]ueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Estos se*

hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad (conf. José Carlos Barbosa Moreira, La legitimación para la defensa de los intereses difuso en el derecho brasileño, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, N.º 34, 1983, La Plata, págs. 61 y sgtes.)”[\[14\]](#).

En estos casos, en los que se dirimen derechos supraindividuales o el aspecto común de intereses individuales homogéneos, se plantea lo que se denomina legitimación anómala, extraordinaria, *sui generis* o autónoma, en la medida en que el caso –según el art. 43- puede ser promovido procesalmente por el afectado, pero también por el defensor del pueblo o por las asociaciones que propendan a fines vinculados con la cuestión en juego; esto es, por personas o asociaciones que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo que se denuncia. Por eso, la pretendida distorsión o anomalía radica en lo siguiente: “[L]a acción puede resultar ahora ejercida en nombre propio, pero a efectos de defender un derecho, garantía o interés cuya titularidad resulta ajena al actor (en el caso de las asociaciones, defensor del pueblo y Ministerio Público), o coparticipada con un grupo relativamente extenso de personas (en el caso del afectado)”[\[15\]](#).

Resulta evidente que esta socialización del proceso o acceso a la justicia en clave colectiva responde a numerosos objetivos; entre ellos, la necesidad de evitar sentencias contradictorias o la proliferación de causas vinculadas sustancialmente en cuanto a su objeto que podrían –o deberían- ser tratadas de forma única y común[\[16\]](#). Precisamente por ello, una consecuencia consustancial de este tipo de procesos es el efecto expansivo de la cosa juzgada, como lo han recalcado algunos autores: “[U]n caso colectivo, por referirse a la defensa de derechos de incidencia colectiva en especie, obliga a otorgar efectos extra partes a la sentencia que ha de decidirlo, en la medida en que esta fuera estimatoria y la pretensión, encaminada a la protección en especie de aquellos derechos”[\[17\]](#).

En definitiva, si bien la teoría del caso colectivo aún se encuentra en construcción en nuestro

país, esto no impide apuntar sus elementos significativos: a) existencia de un conflicto colectivo que amerite su canalización, tramitación y resolución por medio de un único proceso; b) concurrencia de un factor de agresión común[18], en la medida en que la vulneración que se invoca recae sobre bienes colectivos o sobre intereses individuales homogéneos (afectados por una misma situación fáctica o legal); c) representación adecuada por parte de quien acciona en defensa del bien colectivo, o del grupo, clase o categoría de sujetos damnificados; d) efectos expansivos de la sentencia, de manera de comprender *erga omnes* a todos aquellos que coparticipan en la titularidad del bien colectivo (indivisible) o, al menos, a todos los miembros de la clase, grupo o categoría.

c. Resignificación del concepto de “legitimación” en clave colectiva

En este contexto, la legitimación como concepto también debe ser resignificada, teniendo en cuenta que este presupuesto adquiere aquí particularidades en la medida en que quien acciona lo hace invocando razones de interés general o que, al menos, trascienden el suyo propio. La cuestión en juego puede ser sintetizada así: ¿quién es el idóneo o legitimado para acudir en juicio en nombre de esos intereses supraindividuales o de incidencia colectiva? Este interrogante ha hecho que numerosos autores consideren al problema de la legitimación como “*el verdadero ‘talón de Aquiles’ de todo el sistema de protección de los derechos difusos o colectivos*”[19].

En el mundo se han dado diferentes respuestas a este problema. En el sistema federal estadounidense, por ejemplo, imperan las denominadas *class action*so acciones de clase, reguladas por la *Rule 23*[20], donde cobra relevancia la idoneidad de quien invoca esos derechos transindividuales o para representar adecuadamente a la clase, grupo, colectivo o categoría de sujetos afectados por un factor de agresión común. En este esquema, la “representación adecuada” se presenta como el presupuesto subjetivo que debe acreditar el legitimado para probar que es el más idóneo para la gestión procesal colectiva. Se considera que esta condición es clave para asegurar el debido proceso de los miembros ausentes de la

clase o grupo en nombre de los que se acciona y, precisamente, para que los efectos de la cosa juzgada les sean extensivos aun cuando no hubieran participado del juicio. Teniendo en cuenta que, en las acciones de clase, hay alguien que se autotitula para defender al grupo, en los Estados Unidos se le presta especial atención a la verificación de la aptitud para representar adecuadamente a la clase y, también, a la notificación de los sujetos comprendidos por dicho grupo o clase para que decidan si accionarán por separado (en la hipótesis de que estuvieran en juego intereses individuales homogéneos); en caso de no hacerlo, se entiende que prestan su consentimiento tácito a la sustanciación de la controversia por medio del caso colectivo.

En el Derecho latinoamericano, en cambio, la representación adecuada suele ser ponderada de antemano por el propio legislador al “*otorgar tal cualidad al ciudadano, afectado, habitante, etcétera, o al aceptar en tal condición a las asociaciones (exigiéndoles, por ejemplo, que estén constituidas desde un tiempo prudencial anterior a la acción, que tengan fines institucionales acordes con la defensa de los intereses colectivos, que tengan un número suficiente de afiliados o componente, etc.), o al discernir tal función al Defensor del Pueblo, al Ministerio Público, a los entes estatales (estado, provincias, municipalidades, etc.) etcétera*”[\[21\]](#).

Esto es lo que explica, precisamente, que, para la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general, el artículo 43 de la CN les reconozca legitimación al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones, aunque tal circunstancia deba justipreciarse en función del caso concreto. Esta pauta atributiva (la del art. 43) debe ser complementada con las previsiones de los artículos 86 (Defensor del Pueblo) y 120 (Ministerio Público), este último en tanto tiene en cabeza la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

La circunstancia de que, además de al afectado, se admita capacidad para accionar a representantes promiscuos o legales (como el defensor del pueblo o las asociaciones) prueba

que, en los procesos colectivos, la legitimación puede desvincularse de la noción de derecho sustancial. Esto, en la medida en que, como lo han sostenido algunos doctrinarios: *“El interés que debe justificar el accionante en una acción colectiva de tutela no es el que abre debate sobre su derecho material, sino sobre el título que tiene para iniciar la acción que pone en movimiento la justicia”* [22].

Por ello, el minucioso cotejo del título o legitimación que esgrime quien se autotitula para accionar en representación de toda una clase, colectivo o categoría de sujetos afectados por una determinada norma o situación fáctica se transforma en determinante. Esto ha sido destacado por autores que han señalado: *“Frente a esta ficción, la única forma de imponer los efectos de la decisión a sujetos que no participaron en el debate sin violentar su garantía de debido proceso legal es a través de un riguroso control del representante”* [23].

d. La recepción del “caso colectivo” no supone la admisión lisa y llana de una acción popular

Las precisiones efectuadas con anterioridad han permitido delimitar las peculiaridades del caso colectivo y de la legitimación para actuar en un proceso transindividual. Ahora estamos en condiciones de escrutar si nos encontramos frente a un caso de tales características y si Portal de Belén cuenta con legitimación suficiente para instar una acción como la intentada en estos autos. Ambas cuestiones se encuentran íntimamente vinculadas desde que, en el propio escrito de demanda (f. 95 vta.), dicha asociación invoca la defensa de los derechos de incidencia colectiva de un grupo, clase o categoría (el conformado por las personas por nacer), al que supuestamente afectaría la guía cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue. En el mismo sentido, la Cámara sostuvo: *“En el caso de autos es forzoso reconocer legitimación a la misma asociación porque el derecho que se pretende tutelar es el derecho a la vida de un conjunto indeterminado de niños por nacer”* (f. 1178).

Antes de ingresar en dicho estudio, conviene aclarar que el análisis de la legitimación que esgrime Portal de Belén debe efectuarse partiendo de que aún no ha sido sancionada la ley

que prevé el artículo 43 de la CN con el fin de reglamentar los requisitos y formas de organización y de registración de las asociaciones reconocidas para accionar en clave colectiva. Lo mismo puede decirse, en el orden provincial, respecto del artículo 53, que, si bien desde 1987 reconoce a toda persona legitimación para obtener la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, contemplados por la propia Constitución, difiere a una ley la reglamentación de dicho mecanismo; esa norma, hasta el momento, tampoco ha sido dictada, porque solo fue sancionada la Ley n.º 7741, referida únicamente a las atribuciones de la Defensoría del Pueblo.

Por supuesto que esta omisión legislativa, pese al tiempo transcurrido desde las reformas constitucionales de 1994 y de 1987 (en el orden provincial), no puede ser un obstáculo para la plena operatividad de los mencionados artículos 43 (CN) y 53 (CP). Pero tampoco puede relevar al juzgador del correspondiente control de la legitimación postulada en concreto, porque -so pretexto de la adecuada representación de un grupo, clase o categoría de sujetos- puede tratarse de una mera disconformidad de la asociación accionante con lo sancionado o aplicado por los otros poderes del Estado en la órbita de sus competencias constitucionales; entonces, esta invocación no puede convertirse en el subterfugio para atentar contra la división de poderes.

En efecto, más allá de la recepción de posibles casos colectivos, el artículo 43 de la CN y el artículo 53 de la CP no han supuesto la recepción lisa y llana de una amplia acción popular que pueda ser formulada por cualquier habitante con independencia del derecho, interés o título (en términos de legitimación colectiva) que esgrima para accionar. Por lo tanto, sigue siendo un presupuesto esencial de nuestro sistema procesal constitucional que, como lo ha sostenido la CSJN, “*no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición*”[\[24\]](#).

IV. EN ESTOS AUTOS NO HAY UN CASO COLECTIVO EN PROPIEDAD, SINO UNA MERA DISCREPANCIA SUBJETIVA CON LAS HIPÓTESIS DE ABORTOS

NO PUNIBLES PREVISTAS POR EL LEGISLADOR (ARTÍCULO 86, INCISOS 1 Y 2, DEL CÓDIGO PENAL)

Si bien es cierto que “caso judicial” y “legitimación” son dos institutos distintos que no hay que confundir[25], están estrechamente relacionados, porque la constatación del segundo debe hacerse teniendo en cuenta las particularidades de cada expediente. Esto sirve para dejar sentado que, a diferencia de lo que pareciera sugerir el actor –y la propia Cámara- cuando invoca el precedente “Portal de Belén”, de 2002[26](fs. 95 y 95 vta.), las asociaciones no gozan de un derecho adquirido a demandar en abstracto, para siempre y con prescindencia del soporte fáctico concreto de cada situación con relevancia jurídica, por el mero hecho de haber sido reconocidas (legitimadas) en una causa anterior.

Así lo ha fijado la CSJN al afirmar: “*De la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de ‘causas’*”[27]. Esto, sin obviar que en el precedente citado de la CSJN (“Portal de Belén”, de 2002), tal como ha sido señalado por una jueza de la propia Corte Suprema, “*en los fundamentos de dicho fallo no se consignaron las razones por las cuales se había admitido la aptitud de la asociación demandante para iniciar ese litigio*”[28]. En otras palabras, la mera invocación de dicho precedente no basta para tener a Portal de Belén como legitimada en las presentes actuaciones.

De lo anterior se desprende que, ni siquiera cuando a la actora se le hubiera reconocido poder jurídico de impugnación en una causa anterior (como aconteció, por ejemplo, en el caso “Portal de Belén”, fallado por la CSJN), eso se transformaría en una suerte de título legitimador abstracto, habilitante para accionar en cualquier controversia por su sola invocación. En tal sentido, la habilitación para actuar como querellante particular en un proceso penal en el que se investigaba la puesta en circulación de fármacos con ocultamiento

del daño que podía producir al evitar la implantación de un óvulo fecundado[29], importó una habilitación en ese concreto proceso considerando la ubicación sistemática en el Código Penal (salud pública) y el objeto social.

En aval de la legitimación que esgrime la actora en la presente causa, mucho menos podría invocarse la circunstancia de que en una causa anterior la cuestión no hubiera sido abordada al haberse sostenido: “[E]n esta ocasión no vamos a profundizar en relación a la legitimación de la amparista Portal de Belén Asociación Civil para interponer el presente amparo, pese a que este aspecto ha sido cuestionado por la Provincia en oportunidad de emitir el informe del art. 8 de la ley 4915 (vide fs. 486), pues tal análisis corresponderá al momento de fallar el fondo de la cuestión con el debido respeto de la doble instancia, limitándonos en esta ocasión a apreciar interna y provisionalmente la concurrencia del interés tutelado, pues ingresar a la legitimación podría implicar negar el derecho, lo que excede de la competencia funcional atribuida a la Alzada a esta altura del proceso (cfr. en esa línea: Vénica, Oscar Hugo, ‘Código Procesal Civil y Comercial’, Tomo IV, p. 316; C. N. Fed. Cont. Adm. IV, L. L. – 1997-269/279; C. N. Com. Sala D., E. D., 160 – 554/555)”[30].

En definitiva, las causas judiciales citadas –con resultados diversos sobre la cuestión– refuerzan la tesis de que la legitimación debe ser ponderada caso por caso. Esto, dado que una habilitación permanente para cualquier tipo de conflicto y juicio no resulta racional. Al mismo tiempo, el precedente que se invocara en apoyo debe ser comparable por semejanza con aquel en el que se lo pretendiera hacer valer, lo que no ocurre cuando un tribunal “*otorga entidad de precedente* (a una causa anterior), *sosteniendo que la ‘similitud’ con el caso ‘resulta incontrovertible’, sin aportar los necesarios elementos que fundamenten adecuadamente tal conclusión*”[31].

Esto supone que, por razones lógicas, antes que nada, la indagación debe apuntar a establecer si hay un caso colectivo, tal como postula el actor y como ha sido reconocido en las dos instancias judiciales previas. La respuesta negativa se impone por las siguientes razones.

El punto de partida es que la guía en cuestión solo pretende establecer el procedimiento “*para la atención de pacientes que soliciten prácticas de abortos no punibles*”, partiendo de los alcances delimitados por la CSJN en la causa “F., A. L.” (2012)[32]. En dicha ocasión, en su carácter de intérprete final de la Constitución, por unanimidad, la Corte Suprema concluyó que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal prevé que el aborto no es punible siempre que la mujer (sea capaz, menor de edad, “idiotia o demente”) haya resultado embarazada como producto de una violación (abuso sexual con acceso carnal)[33]. Esto implica que la guía no abre una discusión sobre la libertad de la mujer para interrumpir voluntariamente la gestación en cualquier circunstancia –hipótesis no contemplada por nuestro ordenamiento jurídico–, sino que se limita a instrumentar el mecanismo para posibilitar la práctica autorizada por el propio legislador, en la medida en que fuera llevada a cabo por un médico diplomado y mediara el consentimiento de la propia mujer (en la hipótesis de que fuera capaz), o de su representante legal o del sistema de apoyo eventualmente designado (en la hipótesis de que fuera menor de edad o padeciera alteraciones mentales, por ejemplo). Conviene insistir: es la especial situación por la que atraviesa la mujer la que justifica su derecho de acceder excepcionalmente al procedimiento que autoriza el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal.

En otras palabras, según la CSJN, se trata de un “*derecho*”[34] reconocido a la mujer por su particular y trágica condición de víctima de un acto de violencia sexual que, al haber anulado su consentimiento, ha supuesto un ataque a su libertad de autodeterminación sexual y a su dignidad sexual[35]. Por ello, algunos destacados constitucionalistas y iusfilósofos argentinos ponderaron: “*Hay una diferencia moral en la admisibilidad del aborto según sea el grado de voluntariedad del acto sexual que condujo a la concepción: no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que el que resultó de un acto sexual voluntario*”[36].

Pero la argumentación de la parte actora, más que dirigida a atacar la guía de Córdoba en

forma autónoma, se orienta a cuestionar el fallo de la CSJN, al que dice desconocer como sentencia judicial por entender que, en el momento en que el Alto Cuerpo se expidió en “F., A. L.”, ya no había caso alguno por resolver (f. 108), dado que el aborto ya se había practicado. De acuerdo con la asociación demandante, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que desde 1994 goza en la Argentina de jerarquía constitucional, “*el derecho a la vida es absoluto para todo niño*”, lo que incluye a las personas por nacer, en función de la declaración interpretativa efectuada por la Argentina respecto del artículo 1 de dicha convención (f. 99 vta.). Por ende, según su razonamiento, el aborto no es admisible en ningún caso en nuestro país y el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal ha quedado derogado tácitamente por la reforma constitucional de 1994 (f. 111 vta.) por una suerte de inconstitucionalidad o inconventionalidad sobreviniente que la actora denomina “*imposibilidad jurídica del supuesto ‘derecho’ al aborto*” (f. 98).

En otras palabras, la pretensión de la actora se dirige –en verdad y por vía oblicua- a cuestionar *in totum* la previsión de la ley penal sustantiva contenida en el artículo 86, inciso 2, no ya la mera recepción de la interpretación amplia propiciada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, de que el aborto tampoco es punible cuando la víctima de la violación fuera una mujer capaz y no solamente cuando se tratara de una “*idiota o demente*”, como era la interpretación restrictiva tradicional. La asociación lo formula sin ambages: “*El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina cuya Constitución Nacional ha incorporado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece claramente en el art. 6.1 ‘...que los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida ...’*. Por lo tanto, el Ministerio no estaba obligado a acatar ni el fallo ni las clásicas causales de no punibilidad del art. 86 del C. Penal, porque las mismas estaban superadas por la nueva normativa internacional que protegía al niño por nacer” (f. 114, el subrayado pertenece al texto original).

Así, omitiendo la relevancia que la taxatividad y que el principio de reserva de ley tienen en

materia penal, la parte actora pretende que el Ministerio de Salud, al margen del esquema de distribución de competencias de nuestra organización federal, haga caso omiso del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, como si hubiera sido declarado inconstitucional, cuando de la causa “F., A. L.” se desprende todo lo contrario. Y, por esta vía, con prescindencia de los mecanismos procesales previstos para cuestionar normas con alcances generales y basado en el único soporte de su opinión personal, aspira a que la Provincia desconozca la habilitación o permiso reconocido por la ley de fondo a toda mujer víctima de una violación (según la interpretación efectuada por la CSJN), lo que implicaría establecer una prohibición *-contra legem-* allí donde la ley penal no la instituye.

Eso, sin dejar de mencionar que la actora invoca la autoridad de la Corte Suprema cuando lo resuelto coincide con su propio esquema de valores y preferencias (como en el caso “Portal de Belén”, de 2002), pero, cuando no –como en la causa “F., A. L.”-, niega que la resolución sea una sentencia judicial en propiedad o que la CSJN tenga atribuciones para efectuar exhortaciones (f. 108), pese a la asiduidad con la que el Alto Tribunal (y este mismo TSJ) suele recurrir a esta técnica con el afán de modular mejor los alcances de las respuestas jurisdiccionales, sobre todo cuando está en juego la extensión interpretativa de cláusulas constitucionales y con el fin de sanear omisiones legislativas o de otro tipo que pudieran acarrear responsabilidad internacional para el Estado argentino. En este costado y amén de la buena recepción doctrinaria que han tenido -en general- las sentencias de este tipo pronunciadas por la CSJN^[37], específicamente como consecuencia de la causa “F., A. L.” (2012), y en cumplimiento de la exhortación efectuada por el Alto Tribunal federal, un informe revelaba en 2015 que 16 jurisdicciones ya habían dictado guías o protocolos que fijaban procedimientos para llevar adelante prácticas de aborto no punible: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro, Salta, Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego^[38].

A lo anterior -y en la misma dirección- hay que sumar que la asociación actora efectúa una lectura sesgada del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, en la medida en que, por ejemplo, omite que el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sienta lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general**, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*” (el subrayado nos pertenece). Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete final de dicho tratado[39], explicó que la expresión “en general” fue añadida para conciliar las diferentes posiciones frente a la formulación absoluta que implicaba la locución “desde el momento de la concepción” y a raíz de que algunos países americanos -entre los que, precisamente, se encontraba la Argentina- contaban con legislaciones que posibilitaban el aborto o variantes en las que no era punible, lo que desembocó en la redacción del artículo 4.1 tal como se lo conoce actualmente y como ha sido reproducido más arriba[40].

De la misma forma, la actora se apoya en la autoridad de la CDN para defender el carácter absoluto que –según su visión- tiene el derecho a la vida (a favor de la persona por nacer), pero, al mismo tiempo, desconoce al Comité de los Derechos del Niño, establecido en virtud de la propia CDN, por entender que está formado por “*personas que carecen de idoneidad en materia jurídica*” (f. 99). La objeción de la accionante, en realidad, apunta contra algunas observaciones formuladas por dicho Comité, en tanto ha advertido sobre la posible responsabilidad internacional que le cabría al Estado argentino de sostener interpretaciones restrictivas del acceso al aborto no punible[41].

En definitiva, surge con evidencia que no nos encontramos frente a un caso judicial colectivo en propiedad, sino ante una discrepancia de la parte actora respecto del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, y la interpretación efectuada por la CSJN en “F., A. L.”; seguidamente, y por una suerte de efecto reflejo, dicha objeción se traslada a la guía que en la provincia fue dictada en virtud de la exhortación concretada en dicha causa.

Todo esto, a partir del esquema de valores y preferencias defendido por la asociación según el cual ninguna variante del aborto es jurídicamente posible en la Argentina, dado que la protección del por nacer es absoluta. Esta última postulación, por cierto, también está en entredicho con una de las premisas axiales de nuestro sistema jurídico, de acuerdo con la cual no hay derechos absolutos^[42] y toda posible colisión de derechos debe tratar de resolverse mediante una interpretación que, en primer término, busque conciliarlos.

En síntesis, los argumentos desarrollados por la parte actora parecen estar más bien dirigidos a descalificar y a escamotear por una vía heterodoxa lo sentado por la CSJN en la causa “F., A. L.”, cosa que luce jurídicamente insostenible; en efecto, desde la perspectiva de la asociación demandante, toda guía o protocolo que pretendiera ejecutar la exhortación realizada por la CSJN en “F., A., L.”, sería *ab initio* nula de nulidad absoluta. Esto prueba que, en verdad y si el razonamiento de la actora es consistente consigo mismo, lo que se objeta o pone en crisis -con alcances generales o *erga omnes*- es la legislación sustantiva de fondo (el art. 86, inciso 2, del Código Penal), tal como lo postuló dicha parte en su ampliación de la demanda (f. 128). Semejante cuestión excede largamente el cometido de una vía restrictiva como la de este amparo y deja al descubierto que, en rigor, no hay un caso judicial colectivo en propiedad, sino una rotunda discrepancia con la salida diseñada por el legislador en dicha norma.

Una prueba irrefutable de lo que acabamos de concluir surge de la propia demanda de la parte actora; en efecto, de las 26 fojas de que consta el escrito, 20 están dirigidas a tópicos que van en esa dirección: “*La interpretación de los casos de aborto no punible conforme al derecho internacional de los derechos humanos y, en segundo lugar, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*” (fs. 102 a 106 vta.), “*Errores de la Corte Suprema-Los errores del Ministerio de Salud de la provincia, Agravios a la vida de los niños no nacidos*” (fs. 106 vta., *in fine*, hasta la 113 vta.) y conclusiones (desde la f. 113 vta. hasta la f. 115).

Como puede advertirse en función de los títulos usados por la propia accionante para dividir

los acápites de los que consta su texto, el desarrollo argumental está concentrado exclusivamente en tratar de demostrar que, según el esquema de preferencias defendido, el aborto, en cualquier variante, es jurídicamente improcedente en la Argentina y que la CSJN ha incurrido en falacia al pretender hacer resucitar, por vía pretoriana, el anteriormente denominado “aborto sentimental” (fruto de la violación a una mujer capaz), en la causa “F., A. L.”. Abonan esto las propias palabras de la asociación actora: *“En todos los casos el resultado fue exactamente el mismo: **las indicaciones para no punir el aborto son absolutamente incompatibles con el derecho de los derechos humanos, vigente en la República Argentina, y han quedado derogadas **para siempre****. Subrayo para siempre, porque por aplicación de la regla de la conservación de la norma más favorable, aún cuando la Argentina denunciara todos los tratados internacionales de derechos humanos, seguirían vigentes en el caso que nos ocupa”* (f. 105 vta., el subrayado pertenece al texto original). En el mismo sentido: *“Las exhortaciones de los jueces no obligan a nadie”* (f. 108); *“el aborto era y es un delito”* (f. 111); *“El fallo de la C.S.J.N. es insalvablemente nulo, sin necesidad de declaración judicial alguna”* (f. 113); *“[q]ue un delito no tenga pena por una excusa absolutoria, no significa que deje de ser un delito, sino –solamente- carece de pena”* (f. 111 vta.).

En abono de la conclusión precedente, de que la mera discrepancia de carácter personal no basta para impugnar un protocolo, puede citarse la reciente resolución del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires^[43]. Dicho cuerpo, por mayoría, declaró mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad que una legisladora, un ciudadano, el Ministerio Público Pupilar y las organizaciones civiles Asociación por los Derechos Civiles, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad habían planteado contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Esto, en el marco de una acción de amparo en la que los accionantes cuestionaban

dos disposiciones de la Resolución n.º 1251/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, que fija un protocolo para el acceso a la práctica prevista por el Código Penal (art. 86, inc. 1 y 2), por entender que contravenían los parámetros fijados por la CSJN en la causa “F., A. L.”. En su fallo, el TSJ porteño centró la argumentación en la falta de un caso judicial concreto. Por eso, concluyó: *“Los extremos relatados muestran, en definitiva, que no han sido arriadas razones para conjeturar un perjuicio inminente que permita, aun bajo un parámetro más laxo, tener por configurado un caso”* (voto del juez Luis Francisco Lozano). En el mismo sentido, esgrimió: *“[L]os recurrentes se han limitado a exponer una presunción en términos teóricos vinculada a que la mentada normativa viene a entorpecer o dificultar el acceso a la práctica de interrupción del embarazo que como derecho les asiste a quienes se encuentran en las situaciones prescriptas en el Código Penal; mas no han refutado con argumentos concretos lo afirmado por la Cámara CAyT en este punto. (...) Ello conduce a entender que las objeciones formuladas redundan tan solo en la expresión de una opinión discrepante con lo resuelto en autos sin involucrar una genuina cuestión constitucional en los términos del art. 26 de la ley n.º 402 (conf. texto consolidado por ley n.º 5666)”* (voto de los jueces José Osvaldo Casás y Ana María Conde).

En síntesis, en la presente causa, no hay un desarrollo destinado a acreditar en forma autónoma la presunta inconstitucionalidad de la guía que –en teoría- ha motivado estas actuaciones y no lo puede haber, porque la premisa argumental terminante de la accionante es que el aborto *“era y es un delito”* (f. 111) y que han quedado derogadas *“para siempre”* (f. 105 vta.) las normas que despenalizan cualquier variante de aborto, como lo sería el artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Por ello, la demandante insiste largamente en atacar la interpretación de la CSJN en la causa “F., A. L.” y cuando alude a los errores del Ministerio de Salud de la provincia (cfr. f. 106 vta.) lo hace –por simple efecto reflejo- para sostener que debería haber desconocido la sentencia de la Corte Suprema y el propio artículo 86, inciso 2, del Código Penal. El problema es que tales afirmaciones solo trasuntan opiniones jurídicas

personales en el marco de una vía procesal restringida (como la del amparo) que no es la idónea para semejante planteamiento que, por otra parte, ya ha sido resuelto por la CSJN en “F., A. L.”.

Por otra parte, en el considerando n.º III.d, en el momento de detallar la relevancia que tiene indagar sobre la legitimación de quien esgrime accionar en clave colectiva, habíamos advertidos dos cosas: 1) que la invocación de un factor de agresión fáctico o normativo, supuestamente lesivo de intereses transindividuales o comunes a una categoría de sujetos, no podía ser utilizada como escudo para esconder –en lo que aquí importa- una mera disconformidad con dicho esquema normativo; 2) que la recepción de la doctrina del caso colectivo no equivalía a admitir la existencia de una acción popular que posibilitara cuestionar cualquier norma con independencia del derecho, interés o título que se portara con tal fin. Ambas circunstancias parecieran concurrir en la pretensión que persigue la asociación Portal de Belén en estos autos.

Lo que acabamos de afirmar, por cierto, no significa desconocer los derechos de las personas por nacer (*nasciturus*), en virtud de la amplia protección reconocida a la vida, en general, desde la concepción, por parte de nuestro bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal, de acuerdo con los artículos 4 de la CADH; 4, 19.1 y 59 de la Constitución provincial; 19 al 21 del Código Civil y Comercial, entre otros. Tampoco implica soslayar -ni minimizar- el severo conflicto de intereses que se plantea cuando, por ejemplo, en casos de embarazos que son producto de un acto antijurídico (abuso sexual con acceso carnal), entran en colisión la atribución de la mujer de hacer uso de la autorización reconocida para interrumpir la gestación producto de dicha ilicitud intolerable y, por otra parte, el derecho del por nacer concebido como fruto de esa misma agresión sexual. La cantidad de *amicus curiae* (cerca de un centenar) que se presentaron espontáneamente y/o a partir del llamado efectuado por este TSJ revela el grado de conciencia social que existe sobre la magnitud del conflicto suscitado.

Sin dudas, cuando ocurren tragedias como estas, estamos en presencia de lo que algunos doctrinarios llaman “dilemas constitucionales”, que se generan cuando concurren dos elementos: “[U]na elección entre dos bienes (o males) distintos protegidos por derechos fundamentales; una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental sin importar lo que implique la decisión”[\[44\]](#). En resumen, se trata de fricciones jurídicas insolubles en las que, lamentablemente, se va a perder algo fundamental, razón por la cual resulta pertinente la siguiente reflexión: “¿Deberíamos desesperarnos? Concluiré que no deberíamos hacerlo. Al contrario, argumentaré, es importante tomarse los conflictos de derechos en serio, lo que significa que deberíamos comprenderlos. Sólo entonces seremos capaces de arreglárnoslas con ellos, incluso a pesar de que nunca será alcanzable una solución final”[\[45\]](#).

Quienes postulan la doctrina de los dilemas constitucionales sostienen que, frente a ellos, “[l]a argumentación jurídica no es capaz de proveer una única respuesta correcta en estos casos”[\[46\]](#). A ello hay que sumar que esa respuesta, en caso de ser dada, corresponde al órgano con competencia constitucional para reglamentar derechos con alcances generales; en nuestro caso, el legislador (artículo 75, inciso 12, CN). Y es él quien, más allá de los diferentes esquemas de preferencias axiológicas que admite nuestro ordenamiento, ha resuelto que la extrema conflictividad que describe el artículo 86, inciso 2, del Código Penal “no era evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus”, tal como lo expuso claramente, sin rodeos, la exjueza Carmen Argibay en la causa “F., A. L.”: “[L]a estructura sistemática de la norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como

prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal)”[47].

Conviene insistir: el trágico dilema ha sido resuelto por el órgano competente (el legislativo) mediante una norma de fondo con alcances generales (el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal) y después de haber sopesado que es la salida más compatible con el resto del plexo constitucional y convencional vigente en el país. Esto constituye un límite infranqueable para este Poder Judicial, porque hay que estar prevenidos de lo siguiente: “[*Q*ue de la plena justiciabilidad –en cuanto amplitud de jurisdicción y conocimiento de todas las causas- se pase a un activismo ideológico en virtud del cual toda la actividad política del Estado quede subordinada a las valoraciones de los jueces, que no se detendrían ante el control de compatibilidad entre normas de distinto nivel jerárquico (es decir, problemas de competencia en el Estado), sino que penetrarían decididamente en el ámbito de la compatibilidad ideológica de los medios utilizados por el legislador para alcanzar los fines constitucionales interpretados políticamente por él. Es decir, entonces, que el riesgo aparece en el momento preciso en que la plena justiciabilidad puede servir de fundamento o de pretexto para transformar el control de constitucionalidad de las normas en un medio de intervención indirecta (no popular) para asegurar el status quo en el Estado. Así, los jueces incluirán en sus potestades la función misional de impedir o retardar el avance de ciertas tendencias legislativas inspiradas en concepciones transformadoras que a su juicio podrían ser peligrosas para la supervivencia de las estructuras existentes”[48].

En otras palabras, la parte actora cuestiona la forma en que el legislador, a criterio de la CSJN, ha resuelto el dilema constitucional y, por ende, el protocolo que, exhortación mediante del Alto Cuerpo, busca instrumentar y ejecutar el mecanismo para que la mujer embarazada como consecuencia de un abuso sexual con acceso carnal pueda ejercer la autorización que le concede el propio legislador. Como puede advertirse, por razones lógicas que no debe obviar ninguna sentencia (CP, art. 155, y CPCC, art. 326), la declaración de

inconstitucionalidad del segundo (protocolo) no es posible sin igual declaración del primero que le da soporte (léase, de la autorización concedida a la mujer por el art. 86, inciso 2, del Código Penal), más allá de las invocaciones genéricas a la supuesta derogación tácita de dicha norma penal, operada –según su razonamiento- como consecuencia de la constitucionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto ratifica –una vez más- que el verdadero telón de fondo es la discrepancia de la asociación Portal de Belén con la solución legislativa vigente, lo que no es motivo suficiente para configurar un caso judicial y menos aún uno de ribetes colectivos; con mayor razón cuando los alcances del artículo 86, inciso 2, del Código Penal han sido precisamente delimitados por el órgano que es el intérprete final de nuestro sistema constitucional: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que releva a este Tribunal de la posibilidad de reeditar dicho control –incluso de oficio- si no media un caso judicial en sentido estricto y, con él, agravios dirimientes que volvieran plausible un apartamiento de lo sentado en la causa “F., A. L.”; esto último, en la medida en que, tal como lo ha dicho la CSJN, solo se “*pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación*”[49].

De lo dicho se desprende que, en tanto razonamiento, la sentencia de la Cámara adolece de un vicio insalvable que la torna en un acto jurisdiccional nulo por falta de fundamentación lógica suficiente y adecuada, en los términos del artículo 155 de la CP y del artículo 326 del CPCC; esto, en la medida en que procedió a declarar inconstitucional la guía o protocolo dictado por la Provincia, pero sin hacer lo mismo respecto del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, previsión normativa sin la cual dicho protocolo no se puede concebir. Ambas cuestiones están indisolublemente ligadas y una no puede quedar en pie sin ser arrastrada por la otra.

A su vez, la mera invocación genérica de los intereses difusos del colectivo que estaría compuesto por las personas por nacer, a partir de la defensa de la vida desde la concepción, que constituye uno de los objetivos fundacionales de la asociación demandante

(fs. 1, 94 vta. y 95, entre otras), no basta para tener por configurado un caso judicial colectivo. El actor confunde caso colectivo (condición para el dictado de una sentencia con efectos expansivos) con su interpretación personal de que el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal habría quedado derogado tácitamente y con efectos generales (expansivos). Por esa razón –según esgrime- debería ser declarado inconstitucional (con los mismos alcances) el protocolo que pretende instrumentar la posibilidad que dicha norma (en su segundo inciso) le habilita a la mujer abusada sexualmente y que, en la visión particular de la asociación, lejos de constituir un derecho, configuraría un “*homicidio prenatal*” (f. 96).

Por esta vía, bajo el paraguas de la defensa de la vida del colectivo de los por nacer, lo que el accionante pretende es desplazar del conflicto al polo de la relación que, en ese dilema constitucional que supone una violación, ha sido especialmente eje de la protección del legislador: la mujer víctima de un acto antijurídico, que en todos los supuestos -abrogación mediante del protocolo- quedaría forzada a llevar adelante el embarazo. Por este costado –como se verá en el próximo acápite-, la legitimación colectiva que esgrime la accionante se transformaría en la llave para penetrar en la esfera de la privacidad y en la tragedia personal de cada mujer (con más razón si se trata de niñas abusadas o en situación de vulnerabilidad).

Para comprender la dimensión del drama humano y del desgarramiento psíquico que conlleva todo abuso sexual con acceso carnal -con más razón si tiene como consecuencia un embarazo- bastaría con consultar, en los casos en que media denuncia de la víctima, las estadísticas sobre las periódicas actuaciones que se inician en la Unidad Judicial habilitada en el Polo de la Mujer y que continúan en las Fiscalías de Delitos contra la Integridad Sexual^[50] de la ciudad de Córdoba o con competencias similares en el resto de la provincia. Allí, profesionales especializados efectúan a las víctimas una entrevista de contención psicológica o de abordaje (por parte de psicólogos) y una revisión médica (genito-anal). Ante cada denuncia, además de ser informadas sobre las posibilidades de contención con las que

cuentan, por lo general, son instadas a iniciar un tratamiento psicológico a raíz de la lesión psíquica que el delito, generalmente, les provoca; con más razón, cuando se trata de niñas. Precisamente, en este sentido, resulta oportuno recordar que, en el dictamen que presentó en la causa “F., A. L. ”, la Defensora General de la Nación se ocupó de destacar que, de acuerdo con las psicólogas del equipo técnico interdisciplinario que había intervenido, *“los efectos del abuso infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña”*[51]. Conviene aclarar que, en Córdoba, cuando las víctimas son niñas (menores de edad) o el delito es producto de una relación intrafamiliar, interviene el fuero de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar.

Recientemente, al justificar la constitucionalidad de la no punibilidad del aborto cuando la mujer fuera víctima de un abuso sexual con acceso carnal del que resultara encinta, el Tribunal Constitucional de Chile (TCCh) destacó la magnitud de esta tragedia humana en estos términos: *“Cualquier mujer que haya sido violada, y más encima embarazada producto de esa violación, tiene un trauma. Este podrá ser mayor o menor; pero no puede ser desconocido”*[52]. En el mismo sentido, el TCChesgrimió: *“[S]e trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida. Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer”*[53].

En definitiva, a modo de síntesis, podemos concluir que, en propiedad, no hay un caso judicial colectivo en los términos propuestos por la actora debido a lo siguiente:

1) Porque el Poder Legislativo nacional, el único con competencia para sancionar normas de fondo con alcances generales (art. 75, inciso 12, CN), ya ha resuelto el dilema constitucional entre bienes jurídicos fundamentales en juego que supone todo abuso sexual con acceso

carnal (violación) que conlleva el embarazo de la víctima (art. 86, inciso 2, del Código Penal). Lo mismo puede decirse cuando se habilita la interrupción de la gestación si mediara peligro para la vida o la salud de la mujer (art. 86, inciso 1, del Código Penal).

2) Porque lógicamente no sería posible abordar el análisis de la guía objetada (y, eventualmente, declararla inconstitucional con efectos generales o *erga omnes*) sin antes hacer lo mismo y con el mismo alcance respecto de la salida ensayada por el legislador, que sirve de sostén a la guía, lo que excede largamente los estrechos márgenes procesales de una vía restrictiva como la del amparo. Pero, además, porque esto significaría reeditar lo que ya ha sido resuelto en la causa “F., A. L.” por la intérprete final de nuestro sistema de control de constitucionalidad: la Corte Suprema.

3) Porque no hay posibilidad de colectivizar, en bloque, situaciones intransferibles en su configuración y significación sin afectar derechos personalísimos de las víctimas de dicho acto antijurídico, a las que el legislador –más allá de los esquemas de valores y preferencias personales, como el de la accionante o los nuestros mismos como magistrados- ha decidido priorizar por medio del artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Desde este punto de vista, como se verá en el siguiente considerando, eventualmente, la damnificada en concreto se encontraría legitimada para cuestionar en forma individual e indirecta aspectos de dicha guía en la medida en que los considerara lesivos del derecho reconocido por el legislador en atención a su delicada y diferenciada calidad de mujer embarazada producto de un abuso sexual con acceso carnal. Pero, en esta hipótesis, además, dada la supuesta colisión que se generaría entre los intereses de la persona por nacer y los de su representante legal primigenio (léase la madre), la litis debería ser integrada necesariamente con el asesor letrado que por turno correspondiera, de conformidad con el artículo 103, inciso *b.i*, del Código Civil y Comercial y con el Acuerdo Reglamentario n.º 1305, serie A, del año 2015, dictado por este TSJ (en relación con la circunstancia de que, en Córdoba, al cuerpo de asesores letrados le corresponde la legitimación que el mencionado art. 103 del CCC reconoce genéricamente al

Ministerio Público).

4) Porque no está en juego un bien colectivo indivisible, ni tampoco se puede afirmar de antemano que medie una similitud cualitativa de intereses homogéneos afectados de la misma forma e intensidad por una idéntica base normativa (el protocolo). Esto, dado que, al estar en juego derechos personalísimos e intransferibles, susceptibles de ser afectados, ponderados y ejercidos de diversa forma por cada titular, no se puede hipotetizar *–ab initio–* sobre cómo podría reaccionar y decidir cada mujer ante la posibilidad que le brinda el artículo 86, inciso 2. Ello enerva cualquier intento de ensayar una legitimación colectiva con repercusiones sobre un derecho de ejercicio personalísimo respecto del cual la guía –cuyo contenido no puede ser objeto de control constitucional en estas actuaciones por no haber un caso judicial en sentido propio- pretende fijar un procedimiento para garantizar dicho ejercicio.

V. DE HABER “CASO” SERÍA INDIVIDUAL, VINCULADO CON DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y CON LAS VICISITUDES INTRANSFERIBLES SUFRIDAS POR LA MUJER QUE HA SIDO VÍCTIMA DE UN ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

De lo desarrollado en el considerando anterior se desprende que, de haber un caso judicial, sería individual, porque el artículo 86, inciso 2, del Código Penal nos enfrenta a la hipótesis de una mujer que es víctima de una agresión sexual (un abuso con acceso carnal), a la que el legislador le ha concedido la posibilidad excepcional de interrumpir la gestación en virtud de la magnitud de lo ocurrido: dicho embarazo, lejos de haber sido querido, es fruto de un delito cometido en perjuicio de ella misma y de sus derechos más fundamentales^[54]. Entonces, a la mujer o a su representante legal (en el caso de tratarse de una menor de edad o de una persona con alteraciones mentales) les corresponden exclusivamente el ejercicio de ese derecho personalísimo que, a su vez, tiene como paraguas la prescripción invulnerable del artículo 19 de la CN, según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo

que ella no prohíbe.

En el mismo sentido, la CSJN ha dicho que la mujer encinta producto de una conducta antijurídica (como lo es la violencia sexual) “*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*”[\[55\]](#).

Desde este punto de vista, la mujer, víctima del ataque contra su dignidad y libertad de autodeterminación, estaría legitimada –por ejemplo- para cuestionar aspectos de la regulación normativa sobre la materia si considerara que constituyen una carga desproporcionada para el ejercicio del derecho de llevar adelante la práctica autorizada, en condiciones de seguridad, higiene, celeridad y privacidad. Por ello, con razón, la recurrente (la Provincia) afirma que aquí también está en juego la prestación de una política pública (en materia sanitaria) que debe ser provista por el Estado provincial y que tiene como destinataria a la mujer que se encuentra en las condiciones detalladas por el artículo 86, inciso 2, de la ley penal.

Como puede advertirse, en esta hipótesis están en juego derechos intransferibles, que no son disponibles por otros que no sean la propia interesada y que, por ende, no son susceptibles de ser representados colectivamente –menos por medio de acciones judiciales, como la sustanciada en estos autos, que busquen restringirlos o desconocerlos-. Esto, en virtud de las diversas formas en que pueden ser ejercidos tales derechos, teniendo en cuenta diferentes experiencias vitales, edades, formación, grados de afección sufridas y, sobre todo, creencias, cosmovisiones, ideales, proyectos de vida y esquemas de preferencias valorativas; todo ello, en función de la rica pluralidad de manifestaciones de moral privada que admite el artículo 19 de la CN. Claro que, como ya se ha dicho, en estos casos en que entrarían en colisión los intereses de la persona por nacer con los de su representante legal primigenio (la madre), los derechos del *nasciturus* deberían ser defendidos en los términos previstos por el art. 103, inciso *b.i*, del CCC, tal como se ha explicado en el considerando anterior.

Antes de continuar conviene precisar la noción de *derechos personalísimos* a la que se acaba

de aludir y porque un derecho de esa entidad está en juego cuando el legislador le dispensa a la mujer la posibilidad de interrumpir la gestación por haber sido víctima de un acto antijurídico. Algunos autores sostienen que, dentro de los derechos civiles, se encuentran los derechos de la persona en sí misma; esto es, a la vida, a la dignidad, al honor, a la salud, a la integridad física, a la intimidad, a practicar un culto, entre otros[56]. En la misma dirección, otros juristas precisan que esta denominación es el nombre que, en clave civilística, se les da a los que “*en el lenguaje constitucional integran la constelación del ‘derecho a la privacidad’*” [57]. De hecho, el Código Civil y Comercial (CCC) dedica el Capítulo Tercero, del Título Primero, del Libro Primero (parte general), a *los derechos y actos personalísimos*.

Estos derechos, en definitiva, conforman un espacio de autonomía individual o coto vedado personal, que es intransferible, invulnerable, infranqueable e indisponible sin el consentimiento del titular; es decir, como lo ha dicho la CSJN, dicho ámbito recoleto supone un conjunto de acciones, hechos y datos que “*están reservados al propio individuo y cuya divulgación o conocimiento por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad*” [58]. Precisamente por ello, de acuerdo con el artículo 55 del CCC, la disposición de un derecho personalísimo solo sería posible si no resultara contraria a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, y siempre que mediara el consentimiento del titular, que nunca puede ser presumido, al tiempo que es revocable y de interpretación restrictiva.

Lo anterior refuerza la premisa de que no se pueden colectivizar derechos o situaciones que, por sus peculiaridades, son individuales e intransferibles. Es que, como lo ha expresado la exjueza Argibay, puede afirmarse lo siguiente: “*Es cierto que son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, pero eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada ser humano*” [59]. Esto implica que, si de antemano ninguna norma jurídica puede –de forma colectiva- disponer, prever ni sustituir las elecciones sexuales que puede efectuar una mujer, mucho menos podría hacerlo alguien que no fuera ella –y solo ella- si, habiendo sido privada

de ese derecho personalísimo a la autodeterminación sexual, luego decidiera ejercer el derecho que le dispensa el legislador (práctica del aborto sin consecuencias penales), en atención a la peculiar violencia e ilicitud de la que ha sido objeto y en virtud de la cual ha quedado embarazada forzosamente.

Precisamente, el intento de la parte actora de colectivizar estas tragedias humanas parte de un supuesto improbable: que todas las mujeres que hipotéticamente sean víctimas de una violación en Córdoba y que hayan quedado embarazadas decidirán abortar. Frente a esta conjetura y partiendo de que el aborto es siempre un delito, pide que se le reconozca legitimación extraordinaria y colectiva para conjurar ese peligro en nombre de las personas por nacer, con lo que la asociación Portal de Belén terminaría subrogando a todas las mujeres (víctimas de un delito) y relevándolas del derecho personalísimo de decidir sobre si continuar con la gestación o interrumpirla sin consecuencias penales, tal como el legislador les permite.

Por esta vía, la asociación desplazaría la voluntad de las mujeres (fueran capaces o no) y se erigiría –de forma oblicua y tácitamente- en una suerte de representante legal de ellas. Esto, dado que, en su esquema propio de preferencias y en atención a que el derecho a la vida del por nacer es absoluto, por consecuencia lógica, el embarazo debería ser llevado a término forzosamente en todos los casos, aun prescindiendo del deseo, las necesidades, el estado de salud psicofísica y la autoconservación, así como del derecho que le asiste a toda mujer de que se respete el diseño por ella preferido o al que hubiera optado en relación con su propia vida personal, reproductiva y familiar (art. 16, en particular el inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina desde 1994). Todos estos derechos, además del reconocido por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, serían arrasados sin que mediara el consentimiento expreso de la titular, en abierta violación del artículo 55 del CCC, anteriormente citado, referido a las condiciones bajo las cuales es legítimamente posible disponer de los derechos personalísimos.

Como puede apreciarse, la parte actora construye un razonamiento viciado en términos lógicos; esto, en tanto conforma el supuesto colectivo amenazado (el de las personas por nacer) sobre una hipótesis improbable: que todas las mujeres abusadas decidirán abortar. Esto mismo puede atribuirse a la sentencia de la Cámara, en tanto reconoce legitimación a Portal de Belén a partir de admitir una premisa o postulado meramente teórico, carente de actualidad. Más peligroso resulta que, por vía de esta construcción, se pretenda obturar la salida que brinda la ley de fondo.

En esta línea de razonamiento, una legitimación extraordinaria como la invocada, que parte de la negativa absoluta de la autorización que el legislador concede a la mujer en virtud del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, en los hechos significaría -también- una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de la damnificada (lo que está proscripto por el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), además de una confiscación del derecho de toda persona de ser oída en cualquier causa en la que se determinaran sus derechos y obligaciones (art. 8.1, CADH).

Esto, por supuesto, cobra especial relevancia cuando la víctima de la violación es una niña, tal como lo establece -en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño- la Ley n.º 26061. En efecto, ninguna niña puede ser privada del derecho de *“participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquello que tenga interés”*, en función de su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (arts. 3, 24 y 27 de la Ley n.º 26061, y en el mismo sentido los artículos 3 y 27 de la Ley provincial n.º 9944).

Entonces, el expediente de reconocerle legitimación colectiva a quien desconoce a las víctimas de violación el permiso que el legislador nacional expresamente les dispensa significaría volver a prescindir de la voluntad de la mujer que, en el momento de ser abusada, ya había sido cosificada y violentada al haber sido sometida a un acto al que no prestó consentimiento. He aquí donde resulta imprescindible acudir a lo expresado por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos: “[U]n acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales”[\[60\]](#).

En la misma senda argumental, diluir nuevamente la libertad de elección de la víctima –negándole la opción que le brinda el legislador- colocaría al Estado provincial en contradicción con las obligaciones asumidas por la Argentina en virtud de sus compromisos internacionales. Por ello, precisamente, la citada Corte Interamericana postula que, entre otras cosas, debe brindarse “atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación”[\[61\]](#). Este deber de protección y de reparación integral cobra mayor relevancia si se trata de una niña (con más razón si se encuentra en situación de vulnerabilidad), tal como exigen los artículos 19.1 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A ello hay que sumar que una legitimación como la pretendida por la actora, que parte del desconocimiento del derecho de la mujer abusada, contraviene la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de *Belém do Pará* (ratificada por la Argentina mediante la Ley n.º 24632), que, en su artículo 2 (capítulo I), define: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la

violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual". A su vez, la Ley n.º 26485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que es de orden público, postula "[e]l derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia" (art. 2, b). Por ende, forzar a la mujer a llevar a término –sin su intransferible consentimiento- el embarazo que es fruto de un abuso sexual con acceso carnal conspira contra el artículo 6.d, de la misma ley, en cuanto proscribire la violencia contra la libertad reproductiva, esto es, "aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25673, de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable". Y el abuso sexual con acceso carnal es la máxima expresión de este tipo de violencia. Por eso mismo, algunos doctrinarios, no obstante reconocer que el aborto plantea una guerra de absolutos (la vida contra la libertad), concluyen: "La violación es una de las formas más profundas de negación de la libertad, y obligar a una mujer a dar a luz al hijo de su violador es una agresión a su humanidad"^[62].

Por otra parte, corresponde insistir en que todo lo relativo a derechos personalísimos, vinculados con la autodeterminación sexual, con la dignidad personal o con la proyección de planes de vida (individuales o familiares), solo compete –en lo que aquí importa- a la mujer víctima del abuso. De lo contrario, si se la releva de esa atribución de sopesar y decidir posibles cursos de acción sin interferencias, núcleo sin el cual no es concebible la autonomía personal, se correría el riesgo de caer en lo que algunos iusfilósofos han llamado perfeccionismo: "Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses

y planes que son objetivamente mejores”[63]. Como puede advertirse, el perfeccionismo minimiza el poder de discernimiento y decisión de las personas, y prescinde de sus opciones, so pretexto de defender lo que, en teoría, sería mejor para ellas y que, por ende, por su supuesta valía, debería llevarse a cabo, aun a costa de sacrificar el querer, intereses, cosmovisiones, creencias, convicciones, proyectos, etc., de los propios interesados.

El perfeccionismo frustra el principio de autonomía, porque prescinde de los deseos y planes personales (esto es, el derecho a hacer sin interferencias arbitrarias). Pero otro peligro se cierne cuando se ataca el principio de inviolabilidad de la persona (esto es, el derecho a que a uno no le impongan ciertas cargas o comportamientos, salvo que sean como producto de la fijación de una pena), que descansa en la máxima de que los seres humanos son fines en sí mismos y no medios[64]. En otras palabras, el principio de inviolabilidad de la persona, del que se desprende el derecho a la integridad corporal, *“proscribe, entonces, imponer a las personas, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio”*[65]. Por eso, con suma cautela, en su artículo 17, el CCC establece: *“Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”*.

En definitiva, al borde de tesis perfeccionistas, la actora parte de un razonamiento equivocado –que pretende que sea convalidado jurisdiccionalmente-, según el cual la mujer que ha resultado embarazada como producto de un abuso sexual con acceso carnal debería llevar adelante la gestación en todos los casos, aun en contra de su voluntad y de su salud psicofísica. Razonar de esta forma supone negar a la víctima los dos principios anteriormente referidos: el de autonomía, que permite diseñar proyectos de vida según las propias convicciones, y el de inviolabilidad, que prohíbe imponer sacrificios contra la voluntad de la damnificada (por un delito), con más razón cuando la propia ley penal de fondo le concede la posibilidad de desplegar una conducta (interrumpir la gestación) sin consecuencias penales

para ella y para el médico que llevara adelante la práctica (cfr. el encabezado del art. 86 del Código Penal).

El TCCh, en la sentencia a la que ya se ha aludido con anterioridad, se pronunció en un sentido similar: “[L]a madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”^[66].

En este contexto cobra especialmente relevancia recordar que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal concede una suerte de “libertad negativa”; esto es, “el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad”^[67] si mediaran las situaciones justificantes que, extraordinariamente, habilitan a la mujer a interrumpir la gestación. Esto es totalmente consistente con la visión según la cual “[e]l derecho penal puede únicamente imponer un ‘no hacer’, es decir, prohibir comportamientos, y no imponer conductas y, todavía menos, opciones de vida”^[68].

Finalmente, la actora invoca que la guía podría ser el paraguas para fabricar casos que no respondieran a la hipótesis contemplada por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal (f. 112 vta.); es decir, para llevar adelante abortos a toda costa, aun cuando no mediara en realidad un abuso sexual con acceso carnal del cual el embarazo fuera la consecuencia. Precisamente, este argumento ratifica que, de haber causa judicial, sería individual, porque al médico que en concreto desarrollara la práctica solicitada le cabría, ante la duda –por un examen médico ginecológico de la mujer-, la posibilidad de denunciar el hecho; esto, teniendo en cuenta que, quitando las condiciones a las que alude el artículo 86 (en sus incisos primero y segundo) para liberar a dicha conducta de la reacción punitiva, el aborto voluntario constituye un delito, de conformidad con el artículo 88 del Código Penal y dicha prohibición se

extiende –obviamente- al profesional que lo practicara (cfr. arts. 85 y 86, primera parte, del mencionado código). Dicho médico, asimismo, se encontraría alcanzado por las prohibiciones que sobre el particular, en materia de interrupción de la gestación, prevé la Ley n.º 6222 (del Ejercicio de las Profesiones y Actividades Relacionadas con la Salud Humana) en sus artículos 5, inciso *b*, y 7, inciso *d*; interdicciones que, por otra parte, deberían ser reinterpretadas a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema en la causa “F., A. L.”, de manera que queden fuera de dichas restricciones únicamente las situaciones excepcionales contempladas por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal (supuestos de abortos no punibles).

En definitiva, en dicha hipótesis, en la que pudiera verse damnificada una persona por nacer en concreto y no mediara una habilitación legal, se debería dar intervención al representante promiscuo que por turno correspondiera (art. 103, inciso *b.i*, CCC) para que ejerciera la defensa en particular de los derechos del *nasciturus* que pudieran ser afectados efectivamente por una tentativa de interrupción de la gestación al margen de las condiciones detalladas por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal.

Como se ha sostenido, en este caso entran en juego derechos personalísimos que solo pueden ser ejercidos por la mujer o por su representante legal –según corresponda-; esto, en tanto nadie puede subrogar a cada damnificada de la autorización que la ley de fondo le concede (interrumpir la gestación) teniendo en cuenta la delicadísima y justificante situación por la que atraviesa: haber sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal del que resulta embarazada o encontrarse en peligro su vida o salud. Insistimos: en este dilema, a la hora de decidir, siempre en el marco de lo que el Código Penal le permite, la propia interesada –y nadie más que ella- se encuentra a solas con sus propias creencias, cosmovisiones y opciones de moral privada sin que puede imponérsele una solución que prescinda de sus preferencias valorativas. En esto radica el carácter estrictamente individual del caso al que podría dar lugar un protocolo para hacer efectivo lo previsto por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal,

y lo que diferencia a esta hipótesis de las de índole notoriamente colectivas.

Las razones expuestas resultan dirimentes para –en lo que en este punto clave importa- acoger el recurso de casación deducido por la demandada y, por consiguiente, para dejar sin efecto la sentencia bajo análisis en cuanto había partido del presupuesto de que la parte actora contaba con legitimación para instar una acción de amparo en clave colectiva, en los términos del artículo 43, segundo párrafo de la CN. Por esta vía, procede revocar *in totum* la resolución de la Cámara, que había concluido que la demanda de Portal de Belén era formalmente admisible y sustancialmente procedente. Como consecuencia de esto, resulta inoficioso y deviene abstracto el tratamiento del resto de los agravios formulados en sus respectivos recursos de casación por la parte demandada (Provincia de Córdoba) y por la tercera interesada (Asociación Civil por el Derecho a Decidir), como de inconstitucionalidad, por la tercera.

VI. CORRESPONDE DICTAR SENTENCIA SUSTITUTIVA

A raíz de la conclusión a la que se ha llegado en el punto anterior, en los términos del artículo 390 *in fine* del CPCC, corresponde dictar sentencia sustitutiva en función de los recursos de apelación formulados por las partes (la Provincia de Córdoba, fs. 862/871 vta.; la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, fs. 886/895, y la actora, la actora, fs. 897/930 vta.) contra la Sentencia n.º 259, fechada el 24 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.ª Nominación (fs. 665/861 vta.).

Tal como se lo ha visto a lo largo de las consideraciones previas –que se dan por reproducidas por su pertinencia- la pretensión de la actora, en puridad, se reduce a una mera discrepancia de tipo subjetiva sobre la validez formal de la Resolución n.º 93/12, como consecuencia de su disidencia de fondo respecto de la salida propiciada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, en el que aquella se asienta y cuya declaración de inconstitucionalidad también solicitó Portal de Belén en el momento de ampliar su demanda (fs. 128 y vta.). Todo esto, además, sin un caso judicial; esto es, sin un correlato fáctico alguno, porque la conformación del colectivo al que dice defender (el de las personas por nacer) parte de una construcción tan

incontrastable como hipotética: que todas las mujeres embarazadas como víctima de un abuso sexual con acceso carnal decidirán abortar en Córdoba. Esto impide colegir la existencia de una clase o categoría que se asocie con motivo de un interés homogéneo común y actual respecto del cual resulte posible constatar la adecuada representación de la parte actora y que la legitime para llevar adelante una acción de amparo colectiva cuya consecuencia sea un pronunciamiento con efectos generales o *erga omnes* para todo el colectivo, categoría o clase, no solo en relación con la Resolución n.º 93/12, sino también respecto del propio artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Por otra parte, la ausencia de un caso judicial en propiedad (en clave colectiva, como el invocado) se vuelve un obstáculo formal e insalvable que impide que este Tribunal pueda avanzar en el conocimiento y resolución de una pretensión que, en realidad, distorsiona la vía procesal articulada (acción de amparo) al demandar la declaración de inconstitucionalidad directa y en forma abstracta –y con alcances generales- de la Resolución n.º 93/12 por mero efecto reflejo de una afirmación dogmática: que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal se encuentra tácitamente derogado por el reconocimiento con jerarquía constitucional dado a la Convención sobre los Derechos del Niño (1994).

Por ese costado, la pretensión de la parte actora solo podría ser satisfecha a costa de negar –en toda circunstancia- la posibilidad jurídica de una guía como la contenida por la Resolución n.º 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia y, con ello, el derecho de interrumpir la gestación reconocido expresamente por la ley penal de fondo a la mujer cuya salud o vida se encontraran en peligro y ello no pudiera ser conjurado por otros medios (art. 86, inciso 1, del Código Penal), así como a toda mujer (capaz o no) que resultara embarazada como producto de haber sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal (según la doctrina sentada por la CSJN en la causa “F., A. L.” respecto del art. 86, inc. 2, del Código Penal). Pero para que tal cosa resultara procedente, en forma previa, debería ser declarada inconstitucional –con los mismos efectos generales- la mencionada disposición penal.

Dada la interconexión entre ambas pretensiones de la parte demandada, ha quedado despejado que, más allá de las postulaciones y preferencias valorativas particulares de la parte actora sobre el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, no se deben perder de vista los singulares ribetes que pueden tener en su conformación tragedias como estas, tan personales e intransferibles como los derechos en juego. Por ende, no es posible colectivizar e hipotetizar de antemano –y en bloque, como lo demandaba Portal de Belén- sobre el curso de acción que tomaría cada damnificada frente a la posibilidad que le brinda el artículo 86, inciso 2, del Código Penal; con más razón cuando la salida –como pretendía la accionante- fuera en la dirección de prohibir o restringir aquello que la ley no prohíbe ni restringe (CN, art. 19). En definitiva, la asociación actora no ha acreditado la conformación adecuada de un colectivo concreto respecto de cuyo interés ostente legitimación activa suficiente para promover la presente acción de amparo colectiva.

Como consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación planteado por la Provincia de Córdoba; revocar íntegramente la Sentencia n.º 259, dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.ª Nominación, que había reconocido legitimación a la parte actora, y rechazar la acción de amparo intentada por Portal de Belén.

VII. COSTAS

En relación con las costas de todas las instancias, corresponde que sean impuestas por el orden causado, en atención a la complejidad, magnitud de la cuestión, así como por la tradicional discordancia interpretativa que existía en la materia (art. 130 del CPCC).

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES, DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL Y SILAVANA MARÍA CHIAPERO, CONTESTARON:

Por los motivos expuestos, corresponde:

I. Admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, la Provincia de Córdoba, con relación al motivo previsto por el artículo 383, inciso 1, del CPCC, y revocar íntegramente la sentencia n.º 38, de fecha 21 de mayo de 2013, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba.

II. Resolver sin reenvío, dictar sentencia sustitutiva (art. 390, *in fine*, del CPCC) y, como consecuencia, hacer lugar al recurso de apelación formulado por el Gobierno de la Provincia de Córdoba, revocar la Sentencia n.º 259 (fecha el 24 de agosto de 2012), dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.ª Nominación, y rechazar la acción de amparo promovida por Portal de Belén.

III. Imponer las costas de todas las instancias por el orden causado (art. 130 del CPCC).

A LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS VOCALES, DOCTORES LUIS ENRIQUE RUBIO Y CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR, CONTESTARON:

I. Compartimos la relación de la causa efectuada por los vocales que nos han precedido en su voto, así como lo desarrollado por ellos entre los puntos n.º I y n.º III (incluido) de sus consideraciones, pero no en lo tocante a la legitimación de la parte actora y a las otras cuestiones en debate. Procedemos a dar razones.

II. LA PARTE ACTORA CUENTA CON LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO COLECTIVA

Luego de las precisiones precedentes, ahora procede determinar si nos encontramos ante un caso colectivo (en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la CN y del art. 53 de la CP) y, de haberlo, si Portal de Belén se encuentra debidamente legitimada para plantearlo. Dicha asociación esgrime que su acción tiene por fin defender los intereses del colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer, a quienes, supuestamente, afectaría la Resolución n.º 93/12, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia, en la medida en que establece el procedimiento que permitiría que se practicaran abortos por la mera declaración

jurada de las mujeres que presuntamente hubieran resultado víctimas de un abuso sexual con acceso carnal (art. 86, inciso 2, del Código Penal), así como en los casos en los que la vida o la salud de la mujer corrieran peligro y no hubiera otra forma de remediar la situación que interrumpiendo la gestación (art. 86, inciso 1, del mismo código).

Por el contrario, de acuerdo con la demandada, la sentencia de la Cámara parte de que media un caso judicial, pese a no haberse acreditado una solicitud en concreto de la práctica autorizada por el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, cuyo procedimiento regula la Resolución n.º 93/12, que es tachada por su supuesta inconstitucionalidad por la parte actora. En la misma dirección -según la recurrente-, se reconoció legitimación activa a Portal de Belén aunque no se haya probado ni alegado la existencia material o efectiva de alguna persona por nacer que justifique la protección que, por medio de la acción de amparo colectiva intentada, se persigue.

Para resolver la cuestión suscitada en este punto, en primer lugar, conviene aclarar que la legitimación no puede ponderarse en abstracto, sino en función de las particularidades de cada expediente, porque, tal como lo ha reiterado recientemente la CSJN, *“la existencia de los elementos constitutivos del caso judicial es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o por su consentimiento por la sentencia (conf. Fallos, 331:2257; 337:627, entre otros)”*^[69]. Lo que implica que ni siquiera cuando a la actora se le hubiera reconocido poder jurídico de impugnación en una causa anterior (como aconteció, por ejemplo, en el caso “Portal de Belén”, fallado por la CSJN en 2002)^[70], eso se transformaría en una suerte de título legitimador abstracto, habilitante para accionar en cualquier controversia por su sola invocación. Por el contrario, razonar así significaría caer o rayar en el dogmatismo, lo que ocurre cuando un tribunal *“otorga entidad de precedente (a una causa anterior), sosteniendo que la ‘similitud’ con el caso ‘resulta incontrovertible’, sin aportar los necesarios elementos que fundamenten adecuadamente tal conclusión”*^[71]. De todas formas, tampoco se puede

desconocer que, explícitamente, la CN (art. 43, segundo párrafo) les reconoce legitimación a las asociaciones en la medida en que tengan por fin la defensa de aquellos objetivos o bienes para los cuales se habilita el amparo en su dimensión colectiva. Claro que, ante la falta de una ley que fije los criterios relacionados con la registración y formas de organización de las entidades intermedias para operativizar ese poder de impugnación que la CN les concede, con el fin de no incurrir en denegación de justicia, en el caso concreto, debe controlarse que la asociación cumpla mínimamente con los presupuestos enunciados en el texto constitucional; es decir, el cotejo debe orientarse a constatar *“la finalidad (que no sea contraria a la ley, que sea acorde con el objeto demandado) y un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de estatuto social (que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales)”* [72]. A estos requisitos volveremos a referirnos más adelante con mayor detenimiento.

En segundo lugar, y sobre todo ante controversias como las que se ventilan en estos autos, dada la magnitud de los derechos fundamentales en disputa, no hay que perder de vista que la legitimación, además de ser un concepto netamente procesal, tiene detrás de sí un *“subsuelo constitucional del cual aquél debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal”* [73]. En otras palabras, sin desatender las particularidades de cada causa, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia -y, por ello mismo, de pertenencia difusa-, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas.

En tercer lugar y en consonancia con lo anterior, la legitimación en clave colectiva se vincula con intereses supra, trans o metaindividuales, asociados a los nuevos derechos subjetivos públicos, o de tercera o cuarta generación, que no deben limitarse a la protección del medio ambiente, a situaciones de índole patrimonial o relacionadas con la competencia, los usuarios

o consumidores, porque eso sería reducir la riqueza plurisignificativa de los artículos 43 de la CN y 53 de la CP, que también posibilitan esta acción “*contra cualquier forma de discriminación*” o para articular la defensa de los “*derechos de incidencia colectiva en general*” (art. 43, CN) o “*de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución*” (art. 53, CP). Desde esta óptica, la cuestión también puede conectar con valores, instituciones y bienes intangibles, que son de todos o, al menos, de muchos. Por ello, como decía Germán Bidart Campos: “*Hay situaciones en que, sin ley o con ley, la legitimación tiene que ser reconocida, porque se juega en su reconocimiento una cuestión constitucional que solo el derecho constitucional debe tomar a su cargo*”[\[74\]](#).

En otras palabras: cuando ciertos bienes o derechos de incidencia colectiva están en juego la evaluación de la legitimación –en tanto llave para abrir el proceso- debe efectuarse de forma amplia para no frustrar el conocimiento de la cuestión constitucional que pudiera estar detrás. En efecto, así lo han señalado prestigiosos doctrinarios: “*Más allá de lo que al regular la legitimación procesal puedan disponer las leyes, el derecho judicial necesita ascender a la propia constitución para verificar si el control impetrado está bien o mal articulado por quien, desde una interpretación constitucional generosa, introduce en el proceso la respectiva cuestión constitucional*”[\[75\]](#).

De lo anterior se desprende que, en las particulares circunstancias de estos autos, en tanto se invoca una legitimación procesal extraordinaria para accionar en el marco de un supuesto caso colectivo vinculado con una regulación general que puede afectar la intensa garantía de la que goza el derecho a la vida desde la concepción, el análisis de tales requisitos de admisibilidad no puede efectuarse sin considerar el fondo sustantivo de la pretensión entablada, porque en estos supuestos resulta poco aconsejable desarticular lo primero de lo segundo. En definitiva, el problema de la legitimación está encadenado a la singular cuestión constitucional de fondo debatida y en discordia.

Desde este costado y como se verá a lo largo de esta sentencia, si la Constitución de la

Provincia brinda un especial énfasis a la protección de la vida en su nivel más general y común a todos, desde la concepción (arts. 4, 19, [inciso 1], y 59), sería un contrasentido que no se habilitara un mecanismo procesal para defender –con iguales alcances generales- cualquier peligro que pudiera significar un desconocimiento total o parcial de dicho derecho, el primero, en el que se asientan todos los demás.

En efecto, de nada valdría el reconocimiento de derechos e intereses de significativa relevancia o de pertenencia común –como acontece con la vida desde la concepción- si se los coartara o bloqueara con subterfugios procesales, porque lo instrumental (adjetivo) tiene que estar al servicio de lo sustantivo. Resulta indudable que, en estos autos, se encuentra en discusión la constitucionalidad de una guía o protocolo que, al regular de forma general el procedimiento para que las mujeres encuadradas en los supuestos enunciados por el artículo 86 (incisos 1 y 2, con la interpretación ampliada por la CSJN en el caso “F., A. L.”) del Código Penal puedan acceder a la práctica del aborto no punible, tendría indudable impacto en el especial énfasis que la CP dispensa a la protección de la vida desde la concepción.

Por ello, luce indiscutible que la resolución cuestionada concierne al colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer que resultaría damnificado por la interrupción de la gestación, que operaría como consecuencia de la práctica que pretende regular la guía en debate. No modifica esto la circunstancia de que el protocolo solo refiera a los abortos que, según la legislación de fondo, no conllevan una consecuencia punitiva. El procedimiento previsto por el Ministerio de Salud de la Provincia igualmente les incumbe en tanto sujetos de derecho. No hay que perder de vista que, si no es posible concebir una persona sin derechos, “[l]a existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19 del CCC). Esto es lo que explica y justifica la amplísima protección que el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal dispensa a la protección de la vida, “tanto antes como después del nacimiento” (cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), y es la razón de que ello merezca un especial énfasis por parte de la Constitución de la Provincia, para la cual

la vida desde la concepción resulta inviolable (art. 4).

De lo anteriormente desarrollado surge como corolario inexorable que ninguna controversia en la que, con alcances difusos o generales, se dilucidaran circunstancias, aspectos o disposiciones que pudieran impactar en los intereses o derechos de las personas por nacer, podría obviar a este colectivo, porque de hacerlo se vulnerarían todos los derechos reconocidos a los niños, incluso desde antes de su nacimiento. Es decir, alguien debería ejercer necesariamente la representación de este colectivo, porque, de otra forma, se vería *invisibilizado*, pese a tratarse de una clase de personas especialmente vulnerable que, “*por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales*” (cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquí se advierte la trascendencia de que el art. 43 de la CN también haya sido proyectado para poder conjurar -en clave colectiva- “*cualquier forma de discriminación*”, como la que se perpetuaría si esta categoría o clase fuera excluida o silenciada de la discusión constitucional sobre una articulación normativa que le concerniera directamente.

Conviene insistir en esto: en una controversia como la planteada en estos autos, sobre una regulación con alcances generales capaz de repercutir o de incidir en el especial énfasis que la CP concede a la protección de la vida desde la concepción, debe estar necesariamente representado el colectivo de las personas por nacer. Porque, si no lo estuviera, quedaría literalmente sin defensa jurídica uno de los polos del “*severo conflicto de intereses*”^[76] que siempre supone una hipótesis de aborto no punible como la contemplada en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, entre los derechos de la mujer que ha sido víctima de una violación (cualquiera sea su estado mental), por una parte, y los del por nacer que es fruto de ese acto antijurídico de violencia sexual, por la otra.

En virtud de las aclaraciones efectuadas ya nos encontramos en condiciones de abordar el agravio formulado por la recurrente, para la cual “[n]o existe entonces en el presente un sujeto determinado titular del derecho que se dice ejercer, y por ello no existe un ‘caso’ judicial,

como requisito mínimo de procedencia de una acción del mismo tipo” (f. 1210 vta.) De acuerdo con la demandada, al no haberse acreditado que una mujer en concreto haya solicitado la práctica autorizada por el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, de conformidad con la guía prevista por la Resolución n.º 93/12, como consecuencia necesaria, tampoco ha podido probarse la existencia de alguna persona próxima a nacer que pudiera verse damnificada por dicho requerimiento, razón por la cual –según dicha parte- “[t]odo lo que se habla y dice en la resolución en crisis es en potencialidad, no en concreto” (f. 1210 vta.).

Más allá de lo efectista que, *a priori*, parece lucir el argumento, no le asiste razón a la recurrente. Ello, porque la prueba que demanda a la actora para que –según su visión- se pueda configurar un caso judicial con actualidad, no ya con carácter hipotético, es de las que suelen denominarse imposibles o diabólicas.

En efecto, en el supuesto de que el embarazo fuera fruto de una violación, la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punible (incluida en la Resolución n.º 93/12) solo requiere el consentimiento de la mujer, formalizado a través de una declaración jurada, como requisito sustancial para que proceda la interrupción de la gestación (cfr. el art. 3.2, *a*). Teniendo en cuenta esto y que la denuncia penal –por parte de la mujer- del acto antijurídico (el abuso sexual del que resultara la concepción) no es una condición indispensable para la procedencia de la práctica prevista por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal (cfr. el art. 2, *h*, de la guía), la actualidad que pretende la recurrente para que pueda configurarse un caso judicial en propiedad nunca se suscitaría. Es más, justamente, lo que propone el protocolo en cuestión es la “desjudicialización” en estos casos, conforme a las premisas sustentadas por la CSJN en el caso “F., A. L.”.

En otras palabras, dada la intimidad, la confidencialidad y la preservación de los datos personales y familiares que deberán rodear el procedimiento de interrupción del embarazo (cfr. el art. 2, *g*, de la guía en debate), nadie podría objetar en ningún momento aspecto alguno de la Resolución n.º 93/12 en nombre y en representación de los derechos del por nacer

afectado por la práctica demandada en concreto. Esto último, con mucha más razón si se considera la celeridad con que tendría que llevarse a cabo la intervención quirúrgica; en efecto, la guía prevé como regla que el plazo para efectuarla “*no deberá ser mayor a diez días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representante legal*” (art. 3.1,i).

Como puede advertirse, a la lógica privacidad y reserva que debe caracterizar a una práctica como la que supone un aborto, se le suma la circunstancia de que sería privativo y facultativo de la mujer denunciar penalmente (o no) el abuso sexual con acceso carnal del que resultara su embarazo -por tratarse de un delito de instancia privada-, sin que esto último tenga ninguna incidencia en el derecho a demandar la interrupción de la gestación en los términos del artículo 86, inciso 2, de la ley penal de fondo. Como consecuencia, no habría casi margen para que el asesor letrado que por turno correspondiera, de conformidad con el artículo 103, inciso *b.i*, del Código Civil y Comercial, pudiera desarrollar una actuación necesaria en defensa del por nacer ante la eventual colisión de los derechos de este con los de su representante (su madre), porque dicho funcionario jamás se enteraría de la demanda de la práctica de un aborto no punible en concreto. Cabe recordar que, en Córdoba, en virtud del Acuerdo Reglamentario n.º 1305, serie A, del año 2015, dictado por este TSJ, al cuerpo de asesores letrados le corresponde la legitimación que el mencionado artículo 103 del CCC reconoce genéricamente al Ministerio Público para actuar por el *nasciturus*.

Lo dicho anteriormente corrobora que, dadas las particularidades que la cuestión presenta y la imposibilidad fáctica de una concreción individualizada como la exigida por la parte demandada, el caso en el que se discutan regulaciones generales vinculadas con el derecho a la vida del *nasciturus* siempre será, indefectible y necesariamente, colectivo por la posible afectación a la situación jurídica de un conjunto indeterminado de personas que, de acuerdo con nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, gozan de “*protección y de cuidados especiales*” aun “*antes del nacimiento*” (cfr. el Preámbulo de la

Convención sobre los Derechos del Niño).

Todo esto sirve para concluir que el agravio de la recurrente no es procedente. Esto, en la medida en que, en estos autos, nos encontramos ante un verdadero caso judicial colectivo en donde los derechos individuales homogéneos de una pluralidad indeterminada de sujetos (las personas por nacer) se pueden ver afectados o restringidos por un factor normativo común; en este caso, presuntamente, por las previsiones de la Resolución n.º 93/12. Con la particularidad añadida de que, debido a lo antes precisado (la reserva que debe rodear a toda práctica destinada a operar la autorización de la interrupción de la gestación permitida por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal), la defensa de los derechos de cada *nasciturus* en particular no podría ser ejercida en forma individual. En efecto, si desde la pura teoría, cuando media un factor de agresión común contra derechos o intereses homogéneos divisibles, se brinda la posibilidad de que la solución sea sustanciada mediante un único proceso colectivo o que cada afectado accione en forma individual y al margen de la clase, aquí tal disyuntiva no es posible.

De lo anterior se infiere que el caso debe ser necesaria y estructuralmente colectivo y no podría tener otra configuración, en los términos del reciente Acuerdo Reglamentario n.º 1499, serie A[77], dictado por este TSJ, por medio del cual se ha reglamentado lo concerniente a la registración, certificación y tramitación de tales procesos en Córdoba. Precisamente, dicha regulación solo excluye “*a derechos, intereses, bienes o situaciones jurídicas individuales que no tuvieran incidencia colectiva o que fueren de excluyente contenido patrimonial, así como a los procesos colectivos que involucren los derechos de las personas privadas de la libertad o que se diriman en procesos penales*”[78].

Como consecuencia, la categoría o clase conformada por el colectivo de las personas por nacer debe estar forzosamente representada para, eventualmente, impulsar la discusión o impugnación constitucional de dicha normativa (la Resolución n.º 93/12) en la medida en que pudiera impactar en los derechos de indudable reconocimiento y protección con los que

cuenta este colectivo.

Por otra parte, para que, en los términos del artículo 43 de la CN y del artículo 53 de la CP, proceda una acción de amparo con dimensión plurisubjetiva no es imprescindible que al acto estatal reprochado como ilegal, ilegítimo o arbitrario lesione u ocasione un perjuicio efectivo, tangible y concreto en forma actual: basta con que constituya una “amenaza”, tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley de Amparo Provincial n.º 4915.

En esa dirección, en la doctrina se ha sentado que la acción de amparo ha sido concebida para comprender tanto la amenaza como la lesión a un derecho o garantía protegido por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Y, en un caso o en el otro, lo que importa es conjurar el peligro que se cierne en un futuro inminente. Por eso, se ha dicho con acierto: “[C]uando se alega la inminencia de un daño, sólo procede si dicha inminencia es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior, circunstancia que, como es obvio, debe acreditar fehacientemente quien demanda”^[79]. En estos autos, dicho requisito se corrobora en tanto esta se presenta como la única oportunidad procesal para analizar –y eventualmente remediar- con alcances generales, omnicomprendivos de toda la clase concernida, los aspectos de la Resolución n.º 93/12 que, de otra forma, ante la imposibilidad de individualizar en concreto las solicitudes de prácticas de abortos autorizados (art. 86, inciso 2, del Código Penal), se tornarían plenamente operativos; esto es, sin que pudiera despejarse si resultan irremediablemente dañosos o desproporcionados para todo el colectivo, dada la celeridad y premura con que, según la guía, debe procederse a la interrupción de la gestación, una vez que la demanda del aborto no punible fuera requerida y con la sola condición del consentimiento de la mujer.

Como puede apreciarse, en estos autos se dan básicamente los requisitos a los que se ha aludido en el considerando n.º III.b del voto que nos precede, punto que suscribimos, en el momento de definir los elementos constitutivos de un caso colectivo; a saber:

1) Existencia de un conflicto de índole colectiva con indudable relevancia jurídica que

amerite su tramitación, sustanciación y resolución por medio de un único proceso. En efecto, ya se ha señalado que una peculiar controversia como la planteada en autos, en tanto refiere a una regulación general común a una misma categoría o clase (el de las personas por nacer) y dada la imposibilidad de que el problema pueda concretizarse y visibilizarse ante el embarazo de una mujer en particular que demandara la práctica del aborto no punible, solo puede canalizarse por medio de un proceso en el que dicha normativa sea discutida, de antemano, con alcances generales. Consecuente y necesariamente, de conformidad con el Acuerdo n.º 1499, serie A, de este TSJ, la sentencia que ha de dictarse en estos autos tendrá “*efectos expansivos*”, comprensivos de “*todos los integrantes de la clase o colectivo (presuntamente) damnificado*” (art. 1 del anexo II); al mismo tiempo, el pronunciamiento ha de circunscribirse a “*los aspectos comunes o indivisibles*” que pudieran afectar a la mencionada clase o categoría.

2) Concurrencia de un presunto factor de agresión común, fáctico o normativo; en este caso, la Resolución n.º 93/12, en la medida en que sus disposiciones pueden impactar con la misma intensidad -e irreparables consecuencias- sobre el derecho a la vida desde la concepción reconocido a un colectivo indeterminado de personas, el conformado por los *nasciturus* o próximos a nacer como fruto del abuso sexual con acceso carnal del que hubieran sido víctimas sus madres.

3) Habiendo concluido que en estos autos resulta admisible la vía del amparo en clave colectiva dada la posible vulneración de los derechos de la clase constituida por las personas por nacer, ahora resta desentrañar si la demandante (la asociación Portal de Belén) reúne los requisitos necesarios para considerarla legitimada para accionar y ejercer la representación adecuada de dicho colectivo, específicamente en los términos del artículo 43 de la CN.

Con respecto a esta última cuestión conviene partir del siguiente presupuesto: una cosa es el derecho sustantivo en juego (en este caso, la vida desde la concepción, de una categoría o clase) y otro, el derecho de acción o de impugnación en defensa de aquel. Desde este punto de

vista, algunos doctrinarios han sostenido: “[L]os verdaderos titulares de los derechos de incidencia colectiva son las personas individualmente consideradas, quienes sufren en su esfera particular las consecuencias derivadas de la vulneración de aquellos en tanto coparticipan de una situación similar (de hecho y/o de derecho) que las sitúa como parte de un mismo grupo, clase o sector frente al demandado. Vulnerados estos derechos, lo que hace la entidad intermedia es defender y representar ante los estrados judiciales al grupo, clase o sector afectado; actuación que no implica la necesidad de ser titular de derecho alguno más que del derecho de acción constitucionalmente puesto en su cabeza por el art. 43, párr. 2, de la carta magna”[\[80\]](#).

Ahora bien, ya centrados específicamente en el terreno de la legitimación extraordinaria o anómala que todo caso colectivo conlleva, resulta oportuno aclarar que nuestro sistema constitucional (art. 43, segundo párrafo, de la CN) combina elementos de sistemas procesales diferentes. Esto, en la medida en que, por una parte, le concede poder de acción a la persona individualmente afectada (algo más propio del modelo de las *class actions*) y, por el otro, hace lo mismo con las organizaciones intermedias; a lo que hay que sumar la habilitación concedida a ciertos órganos públicos, como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.

En el caso de las asociaciones, que es el que aquí nos interesa, el problema radica en que aún no ha sido sancionada la ley a la que alude la CN para la organización y registración de las asociaciones a las que se les admite legitimación en tanto propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva que estuvieran en juego, aunque en el considerando n.º III.d del voto que nos precede –que también suscribimos en ese punto– se ha dejado sentado que ello no puede ser un obstáculo para la operatividad del artículo 43 de la CN. No obstante, esta omisión es la que obliga a analizar, caso por caso, si la entidad se encuentra en condiciones de ejercer la representación adecuada (dimensión subjetiva de la legitimación) del colectivo en cuestión. Esta es la razón por la cual ni siquiera la autoridad de un precedente anterior, en el que se hubiera reconocido a la asociación poder para actuar en clave colectiva, releva de este

control previo, dado que está en juego -nada menos que- la representación autoinvocada de un número importante de personas.

En este contexto, el riguroso análisis del objeto estatutario se torna clave para determinar el grado de conexión entre los fines que persigue la asociación y la pretensión o los derechos que son objeto de la controversia. En ese sentido, desde la doctrina se ha observado: “[A] *fin de poder accionar en justicia el objeto de la organización debe encontrarse expresado en forma clara y precisa, estableciendo entre las distintas finalidades que pudiera tener aquélla, la de defender, promover y asegurar la afectiva vigencia de los derechos de incidencia colectiva de sus asociados y del sector a que éstos pertenecen (...). En orden a evitar inconvenientes, también resulta aconsejable establecer expresamente en el estatuto la posibilidad de promover cualquier tipo de acción judicial tendiente a cumplir con aquel objetivo, para disipar cualquier duda que pudiera configurarse en un óbice para el reconocimiento de la legitimación procesal de la entidad*”[\[81\]](#).

Desde este ángulo, en virtud de una lectura minuciosa de la documentación que consta en estos autos, surge que la accionante, Portal de Belén Asociación Civil, cuenta con personalidad jurídica desde el 21 de julio de 1995 (f. 8). Al mismo tiempo, en función de sus estatutos, en el título I, referido a su “*Denominación, domicilio, objeto social*”, en el artículo 2.º, se establece que, en general, son sus fines: “[L]a *defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida, y el respeto a la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de su concepción en su marco social, familiar e individual, y en sus dimensiones espiritual, moral, intelectual, cultural, síquica, sanitaria, laboral, física y económica*” (f. 1).

Por su parte, el mismo artículo del estatuto precisa que son sus fines en particular: “a) *Brindar en un marco de libertad, responsabilidad y mutuo respeto hacia la persona, apoyo integral a mujeres embarazadas que se encuentran en situación de conflicto. b) Ayudar, apoyar y brindar asistencia integral a mamás solas en situación de conflicto a fin de que*

consoliden la relación con sus hijos. c) Promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto a su dignidad intrínseca a lo largo de su vida” (f. 1).

En la misma dirección, a efectos de cumplir con estos objetivos (generales y particulares), el estatuto prevé que la asociación “*promoverá todo tipo de actividades*”, que son enumeradas en la segunda parte del artículo 2, en la medida en que sean “*lícitas y cooperen o faciliten la consecución de los fines de la asociación*” (art. 2, e, [f. 1 vta.]).

Por otra parte, en el título V, al fijar las atribuciones de sus máximos órganos, establece que el presidente o el vicepresidente (en caso de fallecimiento, ausencia o muerte del primero) “*ejercerá la representación de la entidad ante todo tipo de autoridad pública, administrativa, judicial, parlamentaria o de personas físicas o jurídicas*” (f. 4).

De todo lo anterior se desprende que, de un modo muy amplio, Portal de Belén tiene por finalidad general y específica favorecer “*la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción*”, para lo cual tiene que promover “*todo tipo de actividades*” que, en tanto sean lícitas, “*cooperen o faciliten a la consecución*” de tales fines. Y, por ello, el presidente de la asociación (o, en su defecto, el vicepresidente) está facultado por el estatuto para ejercer la representación de la entidad “*ante todo tipo de autoridad pública, administrativa, judicial, parlamentaria o de personas físicas o jurídicas*” en la defensa de los objetivos trazados.

El estatuto no es lo suficientemente específico respecto de que sea un objetivo prioritario o distintivo de la asociación el promover acciones judiciales para repelar o conjurar situaciones fácticas o regulaciones normativas que pudieran afectar la protección que a la vida -desde la concepción- concede nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Dicha precisión, si estuviera prevista estatutariamente, podría ayudar a despejar cualquier duda que hubiera sobre la aptitud y pertinencia de esta entidad –o de cualquier otra- para

ejercer acciones con la trascendencia y dimensión de la debatida en estos autos.

No obstante, tampoco se puede desconocer que, en aras de defender los fines de la entidad, entre los que sobresale la defensa integral de la vida “*desde el momento de la concepción*”, Portal de Belén tiene por norte la promoción de “*todo tipo de actividades lícitas*” y ante “*todo tipo de autoridad pública*”, lo que incluye las incoadas ante la judicatura. Y esa es la razón por la que, precisamente, en el momento de plantear la demanda en estos autos, la parte actora invocó los precedentes en los que ha accionado judicialmente (entre ellos, el caso “Portal de Belén”, fallado por la CSJN en 2002) precisamente para acreditar su consistencia a lo largo del tiempo con aquello que ha sido el *leitmotiv* de la asociación.

En definitiva, en virtud de lo desarrollado hasta el momento no parece haber duda de que media una íntima conexión entre los objetivos estatutarios de la entidad y la pretensión que se persigue, por medio de la presente acción de amparo, en defensa de la vida desde la concepción. Esto hace presumir que el interés colectivo de la categoría o clase formada por las personas por nacer está adecuadamente representado, en la medida en que, según la demandante, se persigue bloquear los efectos presuntamente irremediabiles que sobre dicha clase se proyectarían si se implementara la Resolución n.º 93/12, que para la práctica de abortos no punibles, en los términos del artículo 86, inciso 2, del Código Penal (insistimos, con la interpretación ampliada dada en “F., A. L.”), solo exige una declaración jurada de la mujer (o de su representante legal) en la que la interesada manifieste que el embarazo es fruto de un abuso sexual con acceso carnal.

A mayor abundamiento y sin que esto pretenda desmerecer la legitimación activa que corresponde ratificar a favor de Portal de Belén en la presente acción de amparo colectiva, resulta pertinente efectuar una última y breve consideración. Cuando los procesos colectivos tienen lugar y versan sobre cuestiones de suma trascendencia, y respecto de las cuales puede haber asociaciones que expresen preferencias valorativas, intereses o cosmovisiones encontradas, como por ejemplo sobre “*el instante en que comienza la vida y el derecho de la*

mujer a decidir sobre su cuerpo”, surge conveniente abrir el proceso “*hacia la pluralidad de sectores interesados*”[\[82\]](#).

En otras palabras, en los casos en los que están en juego derechos o intereses de incidencia colectiva con las particularidades detalladas, los jueces, en tanto directores del proceso, no deben dudar en buscar la readecuación de las categorías o clases en discordia, así como la “*integración de la litis que comprenda a todos aquellos a través de sus representantes adecuados*”[\[83\]](#). Esto ratifica la relevancia que tiene el riguroso examen previo de la representatividad adecuada de la asociación que se autotitula para defender a una clase o colectivo. Esta indagación resulta más exigible aún “*para evitar que el problema se traslade a la falta de homogeneidad dentro del colectivo que se intenta representar, lo cual indefectiblemente derivará en una inadecuada defensa de los derechos de sus miembros por existencia de intereses encontrados*”[\[84\]](#).

En definitiva, en las situaciones colectivas que pueden suponer o dar lugar a severos conflictos de intereses, que a su vez trasuntan hondas controversias axiológicas, la tramitación procesal debe abrirse a permitir que todas las voces y puntos de vista puedan estar adecuadamente representados -aunque ello demande la subdivisión de las categorías o clases en tensión-, so pena de afectar el derecho constitucional de defensa de quienes puedan verse afectados en su esfera individual por la representación colectiva asumida por una asociación con cuyos fines, ideales, preferencias valorativas y objetivos no comulgara.

Como consecuencia de todo lo desarrollado, corresponde rechazar el agravio invocado por la parte demandada y, por ende, ratificar que, en los presentes autos, nos encontramos frente a un caso colectivo (en los términos de los arts. 43, segundo párrafo, de la CN, y 53 de la CP) y que, además, Portal de Belén Asociación Civil cuenta con legitimación adecuada y suficiente para representar los intereses de la categoría o clase formada por las personas por nacer a las que podría afectar la Resolución n.º 93/12, cuya declaración de inconstitucionalidad persigue la entidad accionante.

Asimismo, a título de *obiter dicta*, cabe precisar que, también en materia de legitimación, conforme a la doctrina sustentada por la CSJN en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”[\[85\]](#), resulta procedente el control de constitucionalidad de oficio, dado que este responde -entre otras razones- a la obligación de concretar el control de convencionalidad *ex officio* de los tratados internacionales de derechos humanos.

III. LO RESUELTO EN EL CASO “F., A. L.” COMO MARCO DE LO QUE SE DISCUTE EN LA PRESENTE CAUSA

Antes de considerar los siguientes agravios y por la importancia que reviste para poder abordarlos, corresponde precisar brevemente los alcances de la sentencia dictada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, porque en ella se encuentra la razón de ser de la Resolución n.º 93/12, que aquí ha sido cuestionada; esto, en la medida en que, en ese precedente, la Corte exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a dictar protocolos hospitalarios para atender a quienes demandaran la práctica del aborto en los supuestos en que este no resultara punible, en los términos del artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal; es decir, en los siguientes casos: *a)* cuando se hiciera con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este no pudiera ser evitado por otros medios; *b)* en la medida en que tal intervención fuera llevada a cabo por un médico diplomado y mediara el consentimiento de la propia mujer (en la hipótesis de que fuera capaz) o de su representante legal (en la hipótesis de que fuera menor de edad o padeciera problemas psíquicos) siempre que aquella hubiera sido objeto de un abuso sexual con acceso carnal (violación), como producto del cual hubiera quedado embarazada.

En virtud del voto concurrente de la mayoría[\[86\]](#), la CSJN sentó lo siguiente:

1) De los alcances de la protección reconocida al por nacer (en los términos del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no se deriva la invalidez de los supuestos de aborto no penalizados por el artículo 86 del Código Penal, cuya

constitucionalidad fue ratificada.

2) Los principios constitucionales de igualdad y de prohibición de toda discriminación tienen una aplicación especial respecto de toda mujer que es víctima de violencia sexual. Esto obliga a interpretar de forma amplia, en particular, el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, de manera que todas las mujeres que quedaran embarazadas como producto de una violación puedan interrumpir la gestación sin consecuencias penales. En cambio, si se considerara que solo pueden abortar las que, además de objeto de dicho delito, tienen alguna discapacidad mental, se crearía una distinción irrazonable entre mujeres igualmente víctimas de un abuso sexual.

3) No se puede judicializar la autorización o derecho a interrumpir la gestación -en condiciones seguras- que el Código Penal le concede o reconoce a “toda mujer” cuyo embarazo fuera producto de una violación -conforme a la extensión de la interpretación que realiza de dicha norma-. Como consecuencia, quien se encontrara en esta situación no puede ser obligada a pedirle autorización a un juez para abortar, en la medida en que la ley no lo manda, dado que dicha práctica, en esas circunstancias, lejos de estar prohibida, está permitida y no resulta punible.

4) No se pueden añadir requisitos extras o entorpecer una concreta situación de emergencia sanitaria, al requerir -por ejemplo- dictámenes previos que pudieran conspirar indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de un delito. En otras palabras, siempre que concurren las circunstancias que habiliten un aborto no punible (art. 86, incisos 1 y 2, del Código Penal), el Estado debe poner a disposición de las mujeres las condiciones médicas e higiénicas que permitan que pueda acceder a la mencionada práctica de forma rápida, accesible y segura.

5) Como se trata de una cuestión de salud pública que no requiere la injerencia del Poder Judicial, para que la mujer pueda demandar la interrupción de la gestación, específicamente en el caso de que este fuera producto de un abuso sexual con acceso carnal, no se debe exigir

ni la denuncia (penal) ni la prueba de la violación, como tampoco su determinación judicial, aunque sí la manifestación de la víctima -declaración jurada mediante- de que el hecho ilícito es la causa del embarazo.

6) Ante la falta de reglas específicas en los centros de salud que posibiliten el acceso al aborto permitido en los términos del artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal, resulta procedente que las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementen y hagan operativas, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de dicha práctica, así como para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. La exhortación también comprende a los poderes judiciales para que se abstengan de judicializar el acceso a las hipótesis de abortos no punibles previstos legalmente.

7) Los protocolos 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. Asimismo, deberá posibilitarse que el personal sanitario ejerza su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de quien demanda el servicio.

8) También urge extremar los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el correspondiente asesoramiento legal.

Este es el marco que, según la interpretación efectuada por la CSJN, encuadra la regulación que en esta oportunidad es atacada, y sobre cuya constitucionalidad nos referiremos a continuación.

A esta altura de los acontecimientos y como bien lo denuncia la parte actora (fs. 1712/1716), no podemos desconocer que algunas de estas consignas del fallo analizado han sido materia de discusión en el ámbito parlamentario nacional con el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo que consiguió la media sanción de la Cámara de Diputados pero que fue rechazado por el Senado de la Nación. En efecto, el artículo 3 de dicho proyecto expresamente establecía que el aborto no era punible “*si el embarazo fuera producto de una violación con el solo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de la salud interviniente*”.

Sin duda que este rechazo legislativo pone en vilo la interpretación pretoriana efectuada por la CSJN en “F., A. L.” con relación a la extensión del artículo 86 del Código Penal, lo que igualmente -según veremos- excede el marco de la presente resolución.

IV. LA RESOLUCIÓN N.º 93/12 ES INCONSTITUCIONAL POR HABER SIDO DICTADA POR UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO SIN COMPETENCIA PARA REGLAMENTAR DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LA ENTIDAD DE LOS QUE SE ENCUENTRAN EN JUEGO EN ESTE CASO

Sin perjuicio de los recursos impetrados por la parte demandada y por la tercera, consideramos apropiado que este Tribunal establezca lo siguiente:

a. No corresponde analizar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal

Corresponde ingresar al control de constitucionalidad de la Resolución n.º 93/12 y, al mismo tiempo, confirmar que no procede entrar a discutir en esta causa la inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal, incisos 1 y 2, introducida por la parte actora en su ampliación de la demanda (f. 128), ya que sobre los argumentos que ha tenido el tribunal *a quo* para

rechazar dicha inconstitucionalidad (vgr.: que no se pueden amparar las resoluciones judiciales) nada se ha impugnado razonadamente en esta sede como para que proceda un pronunciamiento con semejante alcance sobre dicha disposición.

A más de ello, sería inviable que un tribunal provincial tuviera facultades para revisar la resolución dictada por la CSJN, ya que ello iría en contra de nuestro principio federal constitucional y de lo dispuesto por el artículo 2, inciso *b*, de la Ley n.º 4915, que expresamente establece que no será admisible el juicio de amparo cuando el acto emanara de un órgano del Poder Judicial en ejercicio de su imperio jurisdiccional.

Esta conclusión supone que no podemos poner en entredicho -a pesar de nuestros valores personales- lo normado por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, que declara no punible el aborto practicado a la mujer (en particular, a la que tuviera restricciones mentales y hubiera quedado embarazada como fruto de un acto antijurídico) con la ampliación realizada en virtud de la interpretación sentada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, ya que en nuestro carácter de magistrados y de operadores del derecho no podemos desconocer la normativa vigente; esto, sin perjuicio de tener presente el reciente rechazo del Senado nacional al proyecto de interrupción voluntaria de la gestación.

Como ya hemos visto, el objetivo primordial de la presente demanda en este caso es la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución n.º 93/12, del Ministerio de Salud, que establece la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Abortos No Punibles, partiendo de la premisa de que lo normado por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal resulta constitucional, lo que no ha merecido impugnación de la parte actora al fallo de la Cámara.

Ahora bien, por otras razones que analizaremos a continuación, adelantamos que dicho acto administrativo no supera tal test, en la medida en que supone una extralimitación de competencias y, por ende, un avance sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Legislativo, que es la de “[d]ictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los

derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu” (art. 104, inciso 1, CP).

Tal exceso, en tanto implica una evasión de las formas, procedimientos y del esquema mismo de división del poder estatal sobre el que se asienta la organización institucional provincial, basta para declarar la inconstitucionalidad de dicha resolución sin que sea necesario examinar el contenido sustantivo de la reglamentación.

Esto, dado el severo y trágico conflicto de intereses constitucionales que supone la posibilidad de interrumpir una gestación (siempre en el marco de las hipótesis restrictivas de abortos no punibles admitidas por la legislación penal de fondo), en la medida en que colisionan derechos humanos fundamentales.

Como consecuencia, la argumentación se dirigirá a demostrar que resulta inexcusable la sanción de una ley -y no de un mero acto administrativo- para una reglamentación como la que está en juego, cuando se demanda una práctica como la establecida por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, sumada a la interpretación ampliada por la CSJN en “F., A. L.”.

Debemos insistir con esta premisa: lo que pretenden estos protocolos es reglamentar, a nivel sanitario, lo dispuesto por las normas y sentencia referenciada *ut supra* y de ninguna manera deben interpretarse como una modificación o extensión de dicho articulado del Código Penal. Lo que la Corte persigue con el fallo “F., A. L.” y las directivas dadas, es propender – como en muchos otros temas de salud - a la desjudicialización de dichas cuestiones, ya que está en juego el primer derecho del hombre – principio *pro homine* -, que es el cuidado de su salud [\[87\]](#).

b. La guía vulnera el principio constitucional y convencional de que los derechos humanos fundamentales solo pueden ser reglamentados por medio de una ley en sentido material y formal

El artículo 104, inciso 1, de la CP reproduce un principio del constitucionalismo clásico según

el cual los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de lo que se infiere que no hay derechos absolutos [\[88\]](#). Todo esto, en consonancia con los artículos 14 y 28 de la CN, el primero de los cuales, combinado con el artículo 75, reconoce esa atribución excluyente al Congreso nacional y el segundo le marca un límite infranqueable a ese poder de configuración normativa: dicha regulación no puede alterar los principios, garantías y derechos constitucionalmente reconocidos.

En la misma dirección, el artículo 19 de la CP, en el momento de detallar los denominados “*derechos enumerados*”, algunos de los cuales están vinculados con esta causa (los derechos a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral, a la intimidad, entre otros), especifica que su goce dependerá de “*las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Por su parte, el artículo 59, conectado con la salud (también de suma importancia para esta causa), reafirma que la Provincia conserva el poder de policía “*en materia de legislación*”. Y el artículo 22 sienta como postulado la plena operatividad de los derechos y garantías constitucionales, “*salvo cuando sea imprescindible [una] reglamentación legal*”.

Un principio similar se desprende de los numerosos tratados internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, y que tienen pertinencia en la medida en que versan sobre los derechos en juego en estos autos. Así, al establecer en su artículo 2 el deber general de adecuación que pesa sobre los estados miembros, la CADH impone la exigencia de dictar “*las medidas legislativas*” que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Al mismo tiempo, cuando en el artículo 4.1 alude al derecho a la vida, especifica que su protección debe ser establecida “*por la ley*”. Esto, en consonancia con el axioma según el cual las restricciones permitidas “*al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos*” solo lo serán las fijadas “*conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual [aquellos] han sido establecidos*” (CADH, art. 30).

Previsiones similares, referidas a las “*disposiciones legislativas*” que fueran necesarias para

hacer efectivos los derechos reconocidos, se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.2 y 6; este último, vinculado con el derecho a la vida), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 3 y 6), en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 4 y 19, entre otros) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 7, incisos *c, e, f y h*).

Tal es la importancia que la cuestión tiene que una de las primeras opiniones consultivas evacuada por la Corte IDH fue la n.º 6/86, referida a cómo debía entenderse la expresión “ley” en el artículo 30 de la Convención Americana, teniendo en cuenta que dicha cuestión resulta clave cuando de reglamentación o restricciones de derechos humanos fundamentales se trata. En dicha ocasión, **la Corte IDH fue terminante al establecer que la ley en sentido formal y material era la mejor garantía para los derechos protegidos** (el resaltado con negritas nos pertenece). Resulta pertinente recordar sus palabras: *“Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”*[\[89\]](#).

En dicha consulta, la Corte IDH se preocupó por aclarar que la expresión “leyes” no era “*sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general*” (párrafo 26). En la misma dirección –y en lo que aquí importa- concluyó: “[L]a expresión ‘leyes’, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párrafo 27, parte final).

Tres consecuencias se deducen de las definiciones precedentes:

1) Los derechos no pueden estar supeditados a las arbitrariedades y vaivenes del poder, razón por la cual la ley se erige como el instrumento jurídico más idóneo para dar estabilidad y previsibilidad a cualquier reglamentación de un derecho fundamental (con más razón cuando dicha regulación fuera en un sentido restrictivo). Desde este punto de vista, opera como una garantía, en consonancia con los principios de legalidad y de reserva de ley, por oposición a la mayor inestabilidad que significaría sujetar los derechos a un simple acto administrativo, lejos de la consolidación que demandan situaciones jurídicas en las que están en foco bienes de la máxima jerarquía constitucional.

En otras palabras, por ejemplo, todo lo relacionado con la vida, la libertad y la propiedad de las personas solo puede ser regulado por medio de una ley en sentido formal y material, de conformidad con los artículos 17, 18 y 19 de la CN, y con el resguardo que supone el principio de razonabilidad, en virtud del cual dicha regulación o reglamentación jamás puede alterar aquello que define estructuralmente a tales derechos (CN, art. 28).

2) La mediación de la ley tiene un sentido institucional: de respeto por los procedimientos, las formas y por el esquema de división del poder estatal (y de competencias) que supone todo orden constitucional republicano-democrático.

3) Posee un sentido político, que vincula los conceptos de legalidad y de legitimidad, en la medida en que la ley es producto del órgano en el que está mejor expresada la voluntad popular (con el debido respeto por las minorías) y en función de la premisa de que el pueblo no gobierna ni delibera, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución (art. 22, CN, y art. 3, CP).

Conviene detenerse en el tercer sentido que acabamos de precisar porque el Poder Legislativo, además de su indiscutible carácter representativo, es el que, por su impronta preponderantemente deliberativa, asegura las mejores condiciones institucionales para una discusión amplia; con mayor razón cuando se trata de cuestiones vinculadas con la regulación o restricción de derechos fundamentales, lo que suele despertar sumo interés público y amplia repercusión social, como acontece con la problemática sustanciada en estos autos y tal como lo ha puesto de manifiesto el cerca de un centenar de *amicus curiae* que se presentaron a expresar su opinión sobre los derechos en colisión. Por eso algunos autores han destacado: “*No solamente el Congreso por su carácter colegiado actúa mediante discusión, sino que esa discusión (...) tiene un carácter público que hace que ella retroalimente el debate en el ámbito de la sociedad en general. Por otro lado, el carácter pluralista del Parlamento contribuye a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideología e intereses diferentes, cuando o bien no hay ninguno de ellos que tenga la mayoría necesaria para impulsarla por sí misma, o bien, cuando la intensidad del conflicto entre intereses contrapuestos o la profundidad de las reformas que deben encararse, requieren un consenso vasto*”[\[90\]](#).

En virtud de lo hasta ahora desarrollado surge con claridad que la necesidad de una ley (en sentido formal y material), para la reglamentación de los derechos fundamentales, es una exigencia constitucional (arts. 14, 19, 28 y 75, incisos 12 y 22, de la CN, entre otros; arts. 19, 59 y 104, inciso 1, de la CP, entre otros) y convencional que no puede ser soslayada, como ha acontecido con la resolución del Ministerio de Salud en debate, que no supera este

test.

Sin considerar el contenido de la Resolución n.º 93/12, a continuación se verá que dicha reglamentación administrativa se llevó a cabo sin una habilitación legislativa previa y, al mismo tiempo, sin una justificación mínima del sentido de lo dispuesto y de la incidencia que la regulación tendría en la esfera de los derechos constitucionales involucrados. Esta exigencia no puede faltar en ninguna norma general destinada a reglamentar derechos constitucionales de la máxima jerarquía.

Desde el primer punto de vista, la Resolución n.º 93/12 solo invoca como respaldo el segundo punto de la parte resolutive de la sentencia dictada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, que dispone: “*Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativas, **mediante normas del más alto nivel**, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual*” (lo resaltado con negritas nos pertenece).

Resulta llamativo que el propio Ministerio de Salud haya soslayado que, en la exhortación referida, que es la razón de ser misma de la Resolución n.º 93/12, la propia CSJN, concedora y garante de los tratados sobre derechos humanos y de su contenido, instó a que las provincias instrumentaran protocolos hospitalarios “*mediante normas del más alto nivel*”; esto es, leyes en sentido propio o, al menos, actos administrativos que tengan como soporte una ley. Y así lo han hecho otras provincias, como Chubut (Ley n.º 14/2010) o Chaco (Ley n.º 7064)[\[91\]](#) en el momento de dar un marco normativo a la práctica autorizada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Con solo leer los fundamentos de la resolución ministerial surge patente que la reglamentación emprendida no ha sido habilitada por una ley específica provincial, que en última instancia haya delegado en el Poder Ejecutivo la atribución de reglamentar el procedimiento para los casos de abortos no punibles contemplados por el artículo 86 del

Código Penal. Esto prueba que dicho acto administrativo ha tenido como fuente exclusiva la exhortación dirigida por la CSJN que, entendida en propiedad, estaba orientada al órgano que en la organización constitucional provincial cuenta con competencia exclusiva para dictar las normas con alcances generales (leyes) que fueran necesarias para hacer efectivos derechos consagrados por la Constitución (art. 104, inciso 1, CP), como los derechos a la vida, a la salud, a la integridad moral y psicofísica, a la dignidad, a la autodeterminación sexual y reproductiva, a diseñar programas de vida sin interferencias arbitrarias, a que se dé prioridad al interés superior del niño y, en el caso de los médicos, a la libertad de conciencia, entre otros. La sola enunciación de tal cantidad y complejidad de derechos evidencia que, por razones materiales, aquello que pretendía ser objeto de la guía en cuestión desborda con creces la competencia específica del Ministerio de Salud.

La extralimitación es tal que si se intentara encuadrar la Resolución n.º 93/12 en alguno de los tipos de reglamentos admitidos por la legislación vigente y por la doctrina no sería posible hacerlo. Los reglamentos son actos administrativos de carácter genérico y abstracto que expresan la voluntad de la Administración. Desde esta perspectiva pueden ser clasificados de la siguiente forma:

1) De ejecución o ejecutivos, que son aquellos dictados para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, siempre cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inciso 2, CN, y art. 144, inciso 2, CP) y con el fin de llenar o regular *“detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador”*^[92]. En este caso no es necesaria una habilitación legislativa previa y específica, pero sí la ley en particular que fuera necesario regular para cumplir con los fines previstos por el legislador. De esto se infiere como premisa insoslayable que ejecutar la ley no es dictar la ley^[93].

2) Autónomos o independientes son los dictados en el marco de lo que algunos doctrinarios llaman zona de reserva de la Administración, que la habilita a esta a interpretar y a aplicar la

Constitución en forma directa siempre que no invada atribuciones propias del Congreso o de la Legislatura, según se trate.

3) Delegados son aquellos en virtud de los cuales el Poder Ejecutivo (o un órgano de la Administración Pública), por medio de un acto administrativo de alcance general, regula materias que son de la competencia del Congreso o de la Legislatura, pero tal cosa es posible porque media una delegación previamente acordada a través de una ley formal (art. 76, CN). En ese sentido, algunos autores han sostenido: “[E]l elemento esencial para la determinación del concepto de delegación legislativa y, consiguientemente, de reglamento delegado, es la existencia, o no, de la transferencia del ejercicio de la competencia legislativa, sea ella total, lisa, llana o incondicionada; sea, en cambio, limitada o circunscripta por límites de diverso alcance”[\[94\]](#).

La resolución bajo análisis no puede ser encuadrada en ninguna de las tres especies referidas, porque no puede ser entendida como la ejecución o la delegación contenida en una ley específica, ni tampoco como el ejercicio de una zona autónoma propia y reservada a la Administración. En efecto, ya se ha dicho que la complejidad y la entidad de los derechos en juego trascienden con creces las atribuciones no ya solo del Ministerio de Salud sino las del propio Poder Ejecutivo en su conjunto.

La salud, uno de los derechos en tensión en esta causa, dadas sus implicancias sociales, constituye una materia respecto de la cual la Provincia de Córdoba ha conservado y reafirmado para sí “la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud” (art. 59, CP). Esto se materializa a través de la actividad desplegada tanto por el Poder Legislativo como por el Ejecutivo; en esta última hipótesis –muchas veces– en virtud de una delegación previa. Pero en el caso de estos autos hablamos estrictamente de lo primero (de poder de policía referido a la legislación), en la medida en que a dicho poder lo concebimos como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales; desde este punto de vista es una

atribución normativa y reguladora que pertenece al órgano legislativo^[95]. Este es el test que no puede superar la Resolución n.º 93/12. Y la mayor prueba es que, como expresión del ejercicio de ese poder de policía, la Legislatura provincial ha sancionado numerosas normas generales vinculadas con la salud y, concretamente, con la cuestión que nos convoca en estos autos: Ley del Ejercicio de las Profesiones y Actividades Relacionadas con la Salud Humana (Ley n.º 6222); Carta del Ciudadano (Ley n.º 8835); Garantías Saludables (Ley n.º 9133); Régimen de Intervenciones Quirúrgicas de Contracepción (Ley n.º 9344); Ley para la Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba (Ley n.º 9944), y Ley de Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo Provincial (Ley n.º 10029), entre otras.

Con relación al otro argumento, de que urge la sanción de un marco normativo completo que armonice el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal y las disposiciones correspondientes de la Ley n.º 6222, todo en sintonía con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, lo anteriormente desarrollado explica por qué esta no es la oportunidad adecuada para atender el pedido de la tercera (Asociación Civil por el Derecho a Decidir) de que se declaren inconstitucionales los artículos 5, inciso *b*, y 7, inciso *d*, de la Ley n.º 6222. En efecto, al Poder Legislativo, en virtud de competencias que le son propias (art. 104, inciso 1, CP), le corresponde establecer los ajustes normativos pertinentes con alcances generales.

Como consecuencia, partiendo de que la observancia de la esfera de la competencia propia es indispensable para la actuación válida de cualquier órgano estatal, en estos autos se advierte una extralimitación en el ejercicio de las atribuciones administrativas, con la consecuente invasión de una zona de competencia reservada al Poder Legislativo. Por este costado se vulnera el principio de legalidad y se rompe el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal provincial; ergo, la Resolución n.º 93/12 resulta incompatible con el esquema de división y de distribución de competencias que ordenan las constituciones nacional y

provincial. Este, salvo en los casos expresamente previstos, prohíbe que un poder delegue en otro sus atribuciones constitucionales (art. 13, CP), lo que lleva implícito que también está proscripta la posibilidad de que un poder avance sobre las atribuciones conferidas a otro. Además, cabe recordar que en Córdoba rige la denominada “Carta del ciudadano”, sancionada mediante la Ley n.º 8835. En virtud de dicha norma, el Estado provincial ha asumido como compromiso la implementación de una verdadera reingeniería institucional con el fin de “[a] *segurar la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, como así también en las leyes que reglamenten su ejercicio*” (art. 1, a). Precisamente, para el cumplimiento de este objetivo se pone énfasis en la importancia de que medie una estricta “[s]eparación entre los roles estatales de *planificación y adopción de políticas; de ejecución y prestación; de regulación; de control*”, entre otros (art. 2, d). Justamente, la Resolución n.º 93/12, lejos de cumplir con este postulado, es fruto de la confusión y concentración de atribuciones de diferentes poderes en un mismo órgano administrativo; esto, en tanto el Ministerio de Salud se arroga la potestad de regular derechos fundamentales, pese a ser una competencia específica de otro poder del Estado provincial. Todos los argumentos anteriormente desarrollados ratifican lo que sostiene un sector de la doctrina, según el cual una razón de peso que justifica la legitimidad del control judicial de constitucionalidad es la necesidad de que alguien examine, en primer lugar, si la norma en cuestión se ajusta estrictamente al procedimiento democrático. En ese sentido, el examen debe comenzar por observar si se han dado las condiciones formales que establece la Constitución para que un órgano pueda dictar cierta norma jurídica. Esta mirada procedimental, cuando se trata de la reglamentación de derechos fundamentales, debe proyectarse además a verificar que dicha regulación -dictada por el órgano constitucional correspondiente- haya sido precedida por “*la existencia de un procedimiento de discusión amplio, en el que puedan participar todos los interesados en relativa igualdad de condiciones, y que esté centrado en valores y principios sociales intersubjetivos*”[\[96\]](#).

En consonancia con lo anterior, la reglamentación de derechos humanos fundamentales conlleva el problema añadido de cuáles son los límites que pesan sobre los poderes públicos en el momento de terminar de configurar derechos que, por su máxima jerarquía, anidan en el texto constitucional con la máxima generalidad. Precisamente, la regulación no puede ser tal que concluya alterando o desfigurando el propósito o el “espíritu” de tales derechos, como mandan en forma coincidente el artículo 28 de la CN, el artículo 104, inciso 1, de la CP y el artículo 30 de la CADH.

En otras palabras, se plantea la paradoja de que, por una parte, por su grado de generalidad e indeterminación, los derechos humanos fundamentales necesitan del poder configurador de la ley, porque en el texto constitucional no pueden estar detalladas minuciosamente las condiciones y requisitos para su aplicación, así como sus excepciones; pero, por otra parte, el ejercicio de esa atribución configuradora no puede llevarse hasta el extremo de que, luego de esa reglamentación, el derecho luzca desconocido a la luz de la propia Constitución.

Como lo demuestra la intensidad de la discusión suscitada en esta causa, si la reglamentación de cualquier derecho resulta un problema urticante, con mayor razón cuando se trata de derechos humanos fundamentales que se caracterizan por su fuerza expansiva. Es, entonces, cuando cobra relevancia la necesidad de motivar y de justificar -sólida y debidamente- toda regulación, más aún la que fuera en un sentido restrictivo, para despejar cualquier duda sobre un posible exceso que tornara arbitraria la configuración legislativa.

Por ello, suele afirmarse que, en esta materia, rige una doble barrera protectoria en el siguiente sentido: “[T]oda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial del derecho”[\[97\]](#).

En la misma dirección conviene aclarar que, en el estado constitucional de derecho, la necesidad de una debida justificación no puede entenderse como una lesión a la atribución

configuradora general de la que goza el legislador, porque la gradación (la jerarquía constitucional de los derechos en juego y que hay que reglamentar) viene dada por la propia Constitución. Por lo tanto: “[L]a comentada carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar derechos fundamentales parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos entendidos como principios y su origen tal vez pueda buscarse en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales”[\[98\]](#).

Una mera lectura de la Resolución n.º 93/12 basta para concluir que no supera mínimamente el test de la carga o plus de justificación que debe contener cualquier norma que suponga la reglamentación de derechos humanos fundamentales. En efecto, los escuetos fundamentos que preceden a la guía que fija el procedimiento se limitan a reproducir la exhortación efectuada por la CSJN, así como también a enunciar normas constitucionales y las del Código Penal en juego. Pero sin que haya un desarrollo detenido sobre el marco que anima a la guía, sobre los presupuestos que se tuvieron en cuenta a la hora de incidir sobre derechos de tamaño intensidad como los que están en colisión o sobre los principios que sirvieron para el diseño (autonomía, privacidad, confidencialidad, etc.). Para poner un solo ejemplo, respecto de uno de los derechos en juego, el único fundamento esgrimido es este: “*Que asimismo debe dejarse a salvo el derecho de los profesionales médicos a hacer uso de la objeción de conciencia*” (cfr. los “considerando” de la Resolución n.º 93/12).

Las razones brindadas resultan suficientes para declarar la inconstitucionalidad y la inadecuación de la Resolución n.º 93/12 a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal por incumplimiento del postulado según el cual los derechos humanos fundamentales deben ser reglamentados por una ley en sentido formal y material.

En virtud de lo resuelto y siendo que el Poder Legislativo es al que le corresponde “*dictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos*” (art. 104,

inciso 1, CP), resulta forzoso concluir lo siguiente: a la Legislatura provincial le compete establecer el marco normativo necesario para efectivizar el acceso a la práctica contemplada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, teniendo en consideración los derechos humanos fundamentales en tensión, que no pueden ser obviados. Al legislador también le corresponde, eventualmente, efectuar los ajustes normativos que resultaran pertinentes para que la práctica permitida excepcionalmente por la ley penal de fondo guarde armonía con las disposiciones de la Ley n.º 6222 -sobre cuya constitucionalidad no resulta pertinente, posible, ni oportuno pronunciarse en esta ocasión e instancia-, en consonancia con las previsiones del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (incluida la Constitución provincial).

En definitiva, ha quedado en claro que la regulación de los derechos humanos fundamentales que están en colisión en esta causa no puede estar librada –en forma directa- a un mero acto administrativo. De esto se deduce que urge el dictado de un marco normativo completo, por parte del Poder Legislativo, para que el acceso a la práctica excepcional permitida por el artículo 86 del Código Penal –en consonancia con la interpretación fijada por la CSJN en la causa “F., A. L.”- se haga en estricta atención a la pluralidad de los derechos confrontados y acompañado de las razones *justificatorias* pertinentes en virtud de las especiales condiciones o calidades de las que están revestidos los derechos humanos fundamentales.

A esta altura de los acontecimientos no podemos desconocer el gran debate nacional que ha suscitado el proyecto de “despenalización del aborto”, que ha terminado con la negativa –por parte del Senado- a sancionarlo y a convertirlo en ley, tema que excede el marco de la presente causa.

Las razones brindadas justifican la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución n.º 93/12, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia, y de la guía que ella dispone, así como de la necesidad de que la Legislatura sea la que, en virtud de sus atribuciones constitucionales (art. 104, inc. 1, CP), sancione las leyes que fueran necesarias

para implementar prácticas como las que posibilita excepcionalmente el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal; esto, en la medida en que supone reglamentar el ejercicio o la restricción de derechos fundamentales. Ello nos exime de tratar los demás agravios incoadas por las partes intervinientes en la causa, ya que no corresponde entrar al análisis de los fundamentos de fondo o sustanciales con relación a la importancia del derecho fundamental a la vida que se encuentran en juego en la presente causa.

V. COSTAS

En relación con las costas de todas las instancias, corresponde que sean impuestas por el orden causado en atención a la complejidad, a la magnitud de la cuestión debatida, así como por la tradicional discrepancia interpretativa que existía sobre la materia objeto de discusión (art. 130 del CPCC).

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS VOCALES, DOCTORES LUIS ENRIQUE RUBIO Y CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR, CONTESTARON:

Por los motivos expuestos, corresponde:

I. Admitir parcialmente los recursos, de casación interpuesto por la parte demandada (la Provincia de Córdoba), y de casación e inconstitucionalidad formulados por la tercera (Asociación Civil por el Derecho a Decidir), con relación al motivo previsto en el artículo 383, inciso 1, del CPCC, y como consecuencia anular en forma íntegra la Sentencia n.º 38, de fecha 21 de mayo de 2013, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, pero por los nuevos argumentos esgrimidos en el caso bajo disputa.

II. Por razones de economía procesal, procede dictar sentencia sustitutiva, en los términos del artículo 390 (*in fine*) del CPCC. En ese marco, corresponde hacer lugar en forma parcial a la acción de amparo promovida por Portal de Belén y declarar íntegramente inconstitucional la Resolución n.º 93/12, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, por

haber trasvasado las competencias reconocidas por la Constitución de la Provincia al Poder Legislativo en tanto este es el órgano al que le corresponde sancionar las leyes que fueran necesarias para implementar prácticas como las que posibilita excepcionalmente el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, en la medida en que ello supone reglamentar el ejercicio o la restricción de derechos fundamentales (art. 104, inc. 1, CP).

III. Imponer las costas de todas las instancias por el orden causado (art. 130 del CPCC).

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR JULIO CEFERINO SÁNCHEZ TORRES, CONTESTÓ:

I. Comparto la relación de la causa efectuada por los vocales que conforman el primer voto, así como lo desarrollado por ellos entre los puntos n.º I y n.º III (incluido) de sus consideraciones, pero no en lo tocante a la legitimación de la parte actora y a las otras cuestiones en debate. Procedo a dar razones.

II. LA PARTE ACTORA CUENTA CON LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO COLECTIVA

Luego de las precisiones precedentes, ahora procede determinar si nos encontramos ante un caso colectivo (en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la CN y del art. 53 de la CP) y, de haberlo, si Portal de Belén se encuentra debidamente legitimada para plantearlo. Dicha asociación esgrime que su acción tiene por fin defender los intereses del colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer, a quienes, supuestamente, afectaría la Resolución n.º 93/12, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia, en la medida en que establece el procedimiento que permitiría que se practicaran abortos por la mera declaración jurada de las mujeres que presuntamente hubieran resultado víctimas de un abuso sexual con acceso carnal (art. 86, inciso 2, del Código Penal), así como en los casos en los que la vida o la salud de la mujer corrieran peligro y no hubiera otra forma de remediar la situación que interrumpiendo la gestación (art. 86, inciso 1, del mismo código).

Por el contrario, de acuerdo con la demandada, la sentencia de la Cámara parte de que media

un caso judicial, pese a no haberse acreditado una solicitud en concreto de la práctica autorizada por el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, cuyo procedimiento regula la Resolución n.º 93/12, que es tachada por su supuesta inconstitucionalidad por la parte actora. En la misma dirección -según la recurrente-, se reconoció legitimación activa a Portal de Belén aunque no se haya probado ni alegado la existencia material o efectiva de alguna persona por nacer que justifique la protección que, por medio de la acción de amparo colectiva intentada, se persigue.

Para resolver la cuestión suscitada en este punto, en primer lugar, conviene aclarar que la legitimación no puede ponderarse en abstracto, sino en función de las particularidades de cada expediente, porque, tal como lo ha reiterado recientemente la CSJN, *“la existencia de los elementos constitutivos del caso judicial es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o por su consentimiento por la sentencia (conf. Fallos, 331:2257; 337:627, entre otros)”*^[99]. Lo que implica que ni siquiera cuando a la actora se le hubiera reconocido poder jurídico de impugnación en una causa anterior (como aconteció, por ejemplo, en el caso “Portal de Belén”, fallado por la CSJN en 2002)^[100], eso se transformaría en una suerte de título legitimador abstracto, habilitante para accionar en cualquier controversia por su sola invocación. Por el contrario, razonar así significaría caer o rayar en el dogmatismo, lo que ocurre cuando un tribunal *“otorga entidad de precedente (a una causa anterior), sosteniendo que la ‘similitud’ con el caso ‘resulta incontrovertible’, sin aportar los necesarios elementos que fundamenten adecuadamente tal conclusión”*^[101]. De todas formas, tampoco se puede desconocer que, explícitamente, la CN (art. 43, segundo párrafo) les reconoce legitimación a las asociaciones en la medida en que tengan por fin la defensa de aquellos objetivos o bienes para los cuales se habilita el amparo en su dimensión colectiva. Claro que, ante la falta de una ley que fije los criterios relacionados con la registración y formas de organización de las entidades intermedias para operativizar ese poder de impugnación que la CN les concede, con

el fin de no incurrir en denegación de justicia, en el caso concreto, debe controlarse que la asociación cumpla mínimamente con los presupuestos enunciados en el texto constitucional; es decir, el cotejo debe orientarse a constatar “*la finalidad (que no sea contraria a la ley, que sea acorde con el objeto demandado) y un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de estatuto social (que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales)*”[\[102\]](#). A estos requisitos volveré a referirme más adelante con mayor detenimiento.

En segundo lugar, y sobre todo ante controversias como las que se ventilan en estos autos, dada la magnitud de los derechos fundamentales en disputa, no hay que perder de vista que la legitimación, además de ser un concepto netamente procesal, tiene detrás de sí un “*subsuelo constitucional del cual aquél debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal*”[\[103\]](#). En otras palabras, sin desatender las particularidades de cada causa, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia -y, por ello mismo, de pertenencia difusa-, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas.

En tercer lugar y en consonancia con lo anterior, la legitimación en clave colectiva se vincula con intereses supra, trans o metaindividuales, asociados a los nuevos derechos subjetivos públicos, o de tercera o cuarta generación, que no deben limitarse a la protección del medio ambiente, a situaciones de índole patrimonial o relacionadas con la competencia, los usuarios o consumidores, porque eso sería reducir la riqueza plurisignificativa de los artículos 43 de la CN y 53 de la CP, que también posibilitan esta acción “*contra cualquier forma de discriminación*” o para articular la defensa de los “*derechos de incidencia colectiva en general*” (art. 43, CN) o “*de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución*” (art. 53, CP). Desde esta óptica, la cuestión también puede conectar con valores, instituciones y bienes

intangibles, que son de todos o, al menos, de muchos. Por ello, como decía Germán Bidart Campos: *“Hay situaciones en que, sin ley o con ley, la legitimación tiene que ser reconocida, porque se juega en su reconocimiento una cuestión constitucional que solo el derecho constitucional debe tomar a su cargo”*[\[104\]](#).

En otras palabras: cuando ciertos bienes o derechos de incidencia colectiva están en juego la evaluación de la legitimación -en tanto llave para abrir el proceso- debe efectuarse de forma amplia para no frustrar el conocimiento de la cuestión constitucional que pudiera estar detrás. En efecto, así lo han señalado prestigiosos doctrinarios: *“Más allá de lo que al regular la legitimación procesal puedan disponer las leyes, el derecho judicial necesita ascender a la propia constitución para verificar si el control impetrado está bien o mal articulado por quien, desde una interpretación constitucional generosa, introduce en el proceso la respectiva cuestión constitucional”*[\[105\]](#).

De lo anterior se desprende que, en las particulares circunstancias de estos autos, en tanto se invoca una legitimación procesal extraordinaria para accionar en el marco de un supuesto caso colectivo vinculado con una regulación general que puede afectar la intensa garantía de la que goza el derecho a la vida desde la concepción, el análisis de tales requisitos de admisibilidad no puede efectuarse sin considerar el fondo sustantivo de la pretensión entablada, porque en estos supuestos resulta poco aconsejable desarticular lo primero de lo segundo. En definitiva, el problema de la legitimación está encadenado a la singular cuestión constitucional de fondo debatida y en discordia.

Desde este costado y como se verá a lo largo de esta sentencia, si la Constitución de la Provincia brinda un especial énfasis a la protección de la vida en su nivel más general y común a todos, desde la concepción (arts. 4, 19, [inciso 1], y 59), sería un contrasentido que no se habilitara un mecanismo procesal para defender -con iguales alcances generales- cualquier peligro que pudiera significar un desconocimiento total o parcial de dicho derecho, el primero, en el que se asientan todos los demás.

En efecto, de nada valdría el reconocimiento de derechos e intereses de significativa relevancia o de pertenencia común –como acontece con la vida desde la concepción- si se los coartara o bloqueara con subterfugios procesales, porque lo instrumental (adjetivo) tiene que estar al servicio de lo sustantivo. Resulta indudable que, en estos autos, se encuentra en discusión la constitucionalidad de una guía o protocolo que, al regular de forma general el procedimiento para que las mujeres encuadradas en los supuestos enunciados por el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal puedan acceder a la práctica del aborto no punible, tendría indudable impacto en el especial énfasis que la CP dispensa a la protección de la vida desde la concepción.

Por ello, luce indiscutible que la resolución cuestionada concierne al colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer que resultaría damnificado por la interrupción de la gestación, que operaría como consecuencia de la práctica que pretende regular la guía en debate. No modifica esto la circunstancia de que el protocolo solo refiera a los abortos que, según la legislación de fondo, no conllevan una consecuencia punitiva. El procedimiento previsto por el Ministerio de Salud de la Provincia igualmente les incumbe en tanto sujetos de derecho. No hay que perder de vista que, si no es posible concebir una persona sin derechos, “[l]a existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19 del CCC). Esto es lo que explica y justifica la amplísima protección que el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal dispensa a la protección de la vida, “tanto antes como después del nacimiento” (cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), y es la razón de que ello merezca un especial énfasis por parte de la Constitución de la Provincia, para la cual la vida desde la concepción resulta inviolable (art. 4).

De lo anteriormente desarrollado surge como corolario inexorable que ninguna controversia en la que, con alcances difusos o generales, se dilucidaran circunstancias, aspectos o disposiciones que pudieran impactar en los intereses o derechos de las personas por nacer, podría obviar a este colectivo, porque de hacerlo se vulnerarían todos los derechos

reconocidos a los niños, incluso desde antes de su nacimiento. Es decir, alguien debería ejercer necesariamente la representación de este colectivo, porque, de otra forma, se vería *invisibilizado*, pese a tratarse de una clase de personas especialmente vulnerable que, “*por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales*” (cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquí se advierte la trascendencia de que el art. 43 de la CN también haya sido proyectado para poder conjurar -en clave colectiva- cualquier “*forma de discriminación*”, como la que se perpetuaría si esta categoría o clase fuera excluida o silenciada de la discusión constitucional sobre una articulación normativa que le concerniera directamente.

Conviene insistir en esto: en una controversia como la planteada en estos autos, sobre una regulación con alcances generales capaz de repercutir o de incidir en el especial énfasis que la CP concede a la protección de la vida desde la concepción, debe estar necesariamente representado el colectivo de las personas por nacer. Porque, si no lo estuviera, quedaría literalmente sin defensa jurídica uno de los polos del “*severo conflicto de intereses*”^[106] que siempre supone una hipótesis de aborto no punible como la contemplada en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, entre los derechos de la mujer que ha sido víctima de una violación, por una parte, y los del por nacer que es fruto de ese acto antijurídico de violencia sexual, por la otra.

En virtud de las aclaraciones efectuadas ya me encuentro en condiciones de abordar el agravio formulado por la recurrente, para la cual “[n]o existe entonces en el presente un sujeto determinado titular del derecho que se dice ejercer, y por ello no existe un ‘caso’ judicial, como requisito mínimo de procedencia de una acción del mismo tipo” (f. 120 vta.). De acuerdo con la demandada, al no haberse acreditado que una mujer en concreto haya solicitado la práctica autorizada por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, de conformidad con la guía prevista por la Resolución n.º 93/12, como consecuencia necesaria, tampoco ha podido probarse la existencia de alguna persona próxima a nacer que pudiera verse

damnificada por dicho requerimiento, razón por la cual –según dicha parte- “[t]odo lo que se habla y dice en la resolución en crisis es en potencialidad, no en concreto”.

Más allá de lo efectista que, *a priori*, parece lucir el argumento, no le asiste razón a la recurrente. Ello, porque la prueba que demanda a la actora para que –según su visión- se pueda configurar un caso judicial con actualidad, no ya con carácter hipotético, es de las que suelen denominarse imposibles o diabólicas.

En efecto, en el supuesto de que el embarazo fuera fruto de una violación, la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punible (incluida en la Resolución n.º 93/12) solo requiere el consentimiento de la mujer, formalizado a través de una declaración jurada, como requisito sustancial para que proceda la interrupción de la gestación (cfr. el art. 3.2, *a*). Teniendo en cuenta esto y que la denuncia penal –por parte de la mujer- del acto antijurídico (el abuso sexual del que resultara la concepción) no es una condición indispensable para la procedencia de la práctica prevista por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal (cfr. el art. 2, *h*, de la guía), la actualidad que pretende la recurrente para que pueda configurarse un caso judicial en propiedad nunca se suscitara.

En otras palabras, dada la intimidad, la confidencialidad y la preservación de los datos personales y familiares que deberán rodear el procedimiento de interrupción del embarazo (cfr. el art. 2, *g* de la guía en cuestión), nadie podría objetar en ningún momento aspecto alguno de la Resolución n.º 93/12 en nombre y en representación de los derechos del por nacer afectado por la práctica demandada en concreto. Esto último, con mucha más razón si se considera la celeridad con que tendría que llevarse a cabo la intervención quirúrgica; en efecto, la guía prevé como regla que el plazo para efectuarla “no deberá ser mayor a diez días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representante legal” (art. 3.1, *i*).

Como puede advertirse, a la lógica privacidad y reserva que debe caracterizar a una práctica como la que supone un aborto, se le suma la circunstancia de que sería privativo y facultativo

de la mujer denunciar penalmente (o no) el abuso sexual con acceso carnal del que resultara su embarazo -por tratarse de un delito de instancia privada-, sin que esto último tenga ninguna incidencia en el derecho a demandar la interrupción de la gestación en los términos del artículo 86, inciso 2, de la ley penal de fondo. Como consecuencia, no habría casi margen para que el asesor letrado que por turno correspondiera, de conformidad con el artículo 103, inciso *b.i*, del Código Civil y Comercial, pudiera desarrollar una actuación necesaria en defensa del por nacer ante la eventual colisión de los derechos de este con los de su representante (su madre), porque dicho funcionario jamás se enteraría de la demanda de la práctica de un aborto no punible en concreto. Cabe recordar que, en Córdoba, en virtud del Acuerdo Reglamentario n.º 1305, serie A, del año 2015, dictado por este TSJ, al cuerpo de asesores letrados le corresponde la legitimación que el mencionado artículo 103 del CCC reconoce genéricamente al Ministerio Público para actuar por el *nasciturus*.

Lo dicho anteriormente corrobora que, dadas las particularidades que la cuestión presenta y la imposibilidad fáctica de una concreción individualizada como la exigida por la parte demandada, el caso en el que se discutan regulaciones generales vinculadas con el derecho a la vida del *nasciturus* siempre será, indefectible y necesariamente, colectivo por la posible afectación a la situación jurídica de un conjunto indeterminado de personas que, de acuerdo con nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, gozan de “*protección y de cuidados especiales*” aun “*antes del nacimiento*” (cfr. el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Todo esto sirve para concluir que el agravio de la recurrente no es procedente. Esto, en la medida en que, en estos autos, nos encontramos ante un verdadero caso judicial colectivo en donde los derechos individuales homogéneos de una pluralidad indeterminada de sujetos (las personas por nacer) se pueden ver afectados o restringidos por un factor normativo común; en este caso, presuntamente, por las previsiones de la Resolución n.º 93/12. Con la particularidad añadida de que, debido a lo antes precisado (la reserva que debe rodear a toda práctica

destinada a operar la autorización de la interrupción de la gestación permitida por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal), la defensa de los derechos de cada *nasciturus* en particular no podría ser ejercida en forma individual. En efecto, si desde la pura teoría, cuando media un factor de agresión común contra derechos o intereses homogéneos divisibles, se brinda la posibilidad de que la solución sea sustanciada mediante un único proceso colectivo o que cada afectado accione en forma individual y al margen de la clase, aquí tal disyuntiva no es posible.

De lo anterior se infiere que el caso debe ser necesaria y estructuralmente colectivo y no podría tener otra configuración. Por ende, esta categoría o clase debe estar forzosamente representada para, eventualmente, impulsar la discusión o impugnación constitucional de dicha normativa (la Resolución n.º 93/12) en la medida en que pudiera impactar en los derechos de indudable reconocimiento y protección con los que cuenta este colectivo.

Por otra parte, para que, en los términos del artículo 43 de la CN y del artículo 53 de la CP, proceda una acción de amparo con dimensión plurisubjetiva no es imprescindible que al acto estatal reprochado como ilegal, ilegítimo o arbitrario lesione u ocasione un perjuicio efectivo, tangible y concreto en forma actual: basta con que constituya una “amenaza”, tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley de Amparo Provincial n.º 4915.

En esa dirección, en la doctrina se ha sentado que la acción de amparo ha sido concebida para comprender tanto la amenaza como la lesión a un derecho o garantía protegido por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Y, en un caso o en el otro, lo que importa es conjurar el peligro que se cierne en un futuro inminente. Por eso, se ha dicho con acierto: “[C]uando se alega la inminencia de un daño, sólo procede si dicha inminencia es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior, circunstancia que, como es obvio, debe acreditar fehacientemente quien demanda”^[107]. En estos autos, dicho requisito se corrobora en tanto esta se presenta como la única oportunidad procesal para analizar –y eventualmente remediar- con alcances generales, omnicomprensivos de toda la clase

concernida, los aspectos de la Resolución n.º 93/12 que, de otra forma, ante la imposibilidad de individualizar en concreto las solicitudes de prácticas de abortos autorizados (art. 86, inciso 2, del Código Penal), se tornarían plenamente operativos; esto es, sin que pudiera despejarse si resultan irremediabilmente dañosos o desproporcionados para todo el colectivo, dada la celeridad y premura con que, según la guía, debe procederse a la interrupción de la gestación, una vez que la demanda del aborto no punible fuera requerida y con la sola condición del consentimiento de la mujer.

Como puede apreciarse, en estos autos se dan básicamente los requisitos a los que se ha aludido en el considerando n.º III.b del primer voto, en el momento de definir los elementos constitutivos de un caso colectivo; a saber:

1) Existencia de un conflicto de índole colectiva con indudable relevancia jurídica que amerite su tramitación, sustanciación y resolución por medio de un único proceso. En efecto, ya se ha señalado que una peculiar controversia como la planteada en estos autos, en tanto refiere a una regulación general común a una misma categoría o clase (el de las personas por nacer) y dada la imposibilidad de que el problema pueda concretizarse y visibilizarse ante el embarazo de una mujer en particular que demandara la práctica del aborto no punible, solo puede canalizarse por medio de un proceso en el que dicha normativa sea discutida, de antemano, con alcances generales. Consecuente y necesariamente, la sentencia que vaya a dictarse tendrá efectos expansivos, comprensivos de los miembros del colectivo o clase concernida.

2) Concurrencia de un presunto factor de agresión común, fáctico o normativo; en este caso, la Resolución n.º 93/12, en la medida en que sus disposiciones pueden impactar con la misma intensidad -e irreparables consecuencias- sobre el derecho a la vida desde la concepción reconocido a un colectivo indeterminado de personas, el conformado por los *nasciturus* o próximos a nacer como fruto del abuso sexual con acceso carnal del que hubieran sido víctimas sus madres.

3) Habiendo concluido que en estos autos resulta admisible la vía del amparo en clave colectiva dada la posible vulneración de los derechos de la clase constituida por las personas por nacer, ahora resta desentrañar si la demandante (la asociación Portal de Belén) reúne los requisitos necesarios para considerarla legitimada para accionar y ejercer la representación adecuada de dicho colectivo, específicamente en los términos del artículo 43 de la CN.

Con respecto a esta última cuestión conviene partir del siguiente presupuesto: una cosa es el derecho sustantivo en juego (en este caso, la vida desde la concepción, de una categoría o clase) y otro, el derecho de acción o de impugnación en defensa de aquel. Desde este punto de vista, algunos doctrinarios han sostenido: *“Los verdaderos titulares de los derechos de incidencia colectiva son las personas individualmente consideradas, quienes sufren en su esfera particular las consecuencias derivadas de la vulneración de aquellos en tanto coparticipan de una situación similar (de hecho y/o de derecho) que las sitúa como parte de un mismo grupo, clase o sector frente al demandado. Vulnerados estos derechos, lo que hace la entidad intermedia es defender y representar ante los estrados judiciales al grupo, clase o sector afectado; actuación que no implica la necesidad de ser titular de derecho alguno más que del derecho de acción constitucionalmente puesto en su cabeza por el art. 43, párr. 2, de la carta magna”*[\[108\]](#).

Ahora bien, ya centrados específicamente en el terreno de la legitimación extraordinaria o anómala que todo caso colectivo conlleva, resulta oportuno aclarar que nuestro sistema constitucional (art. 43, segundo párrafo, de la CN) combina elementos de sistemas procesales diferentes. Esto, en la medida en que, por una parte, le concede poder de acción a la persona individualmente afectada (algo más propio del modelo de las *class actions*) y, por el otro, hace lo mismo con las organizaciones intermedias; a lo que hay que sumar la habilitación concedida a ciertos órganos públicos, como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.

En el caso de las asociaciones, que es el que aquí nos interesa, el problema radica en que aún no ha sido sancionada la ley a la que alude la CN para la organización y registración de las

asociaciones a las que se les admite legitimación en tanto propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva que estuvieran en juego, aunque en el considerando n.º III.d del primer voto (que también suscribo en ese punto) se ha dejado sentado que ello no puede ser un obstáculo para la operatividad del artículo 43 de la CN. No obstante, esta omisión es la que obliga a analizar, caso por caso, si la entidad se encuentra en condiciones de ejercer la representación adecuada (dimensión subjetiva de la legitimación) del colectivo en cuestión. Esta es la razón por la cual ni siquiera la autoridad de un precedente anterior en el que se hubiera reconocido a la asociación poder para actuar en clave colectiva, releva de este control previo, dado que está en juego –nada menos que- la representación autoinvocada de un número importante de personas.

En este contexto, el riguroso análisis del objeto estatutario se torna clave para determinar el grado de conexión entre los fines que persigue la asociación y la pretensión o los derechos que son objeto de la controversia. En ese sentido, desde la doctrina se ha observado: “[A] *fin de poder accionar en justicia el objeto de la organización debe encontrarse expresado en forma clara y precisa, estableciendo entre las distintas finalidades que pudiera tener aquella, la de defender, promover y asegurar la afectiva vigencia de los derechos de incidencia colectiva de sus asociados y del sector a que éstos pertenecen (...). En orden a evitar inconvenientes, también resulta aconsejable establecer expresamente en el estatuto la posibilidad de promover cualquier tipo de acción judicial tendiente a cumplir con aquel objetivo, para disipar cualquier duda que pudiera configurarse en un óbice para el reconocimiento de la legitimación procesal de la entidad*”[\[109\]](#).

Desde este ángulo, en virtud de una lectura minuciosa de la documentación que consta en estos autos, surge que la accionante, Portal de Belén Asociación Civil, cuenta con personalidad jurídica desde el 21 de julio de 1995 (f. 8). Al mismo tiempo, en función de sus estatutos, en el título I, referido a su “*Denominación, domicilio, objeto social*”, en el artículo 2.º, se establece que, en general, son sus fines: “[L]a *defensa, protección, cuidado,*

preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida, y el respeto a la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de su concepción en su marco social, familiar e individual, y en sus dimensiones espiritual, moral, intelectual, cultural, síquica, sanitaria, laboral, física y económica” (f. 1).

Por su parte, el mismo artículo del estatuto precisa que son sus fines en particular: “a) *Brindar en un marco de libertad, responsabilidad y mutuo respeto hacia la persona, apoyo integral a mujeres embarazadas que se encuentran en situación de conflicto. b) Ayudar, apoyar y brindar asistencia integral a mamás solas en situación de conflicto a fin de que consoliden la relación con sus hijos. c) Promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto a su dignidad intrínseca a lo largo de su vida” (f. 1).*

En la misma dirección, a efectos de cumplir con estos objetivos (generales y particulares), el estatuto prevé que la asociación “*promoverá todo tipo de actividades*”, que son enumeradas en la segunda parte del mismo artículo, en la medida en que sean “*lícitas y cooperen o faciliten la consecución de los fines de la asociación*” (art. 2, e[f. 1 vta.]).

Por otra parte, en el título V, al fijar las atribuciones de sus máximos órganos, establece que el presidente o el vicepresidente (en caso de fallecimiento, ausencia o muerte del primero) “[e]jercerá la representación de la entidad ante todo tipo de autoridad pública, administrativa, judicial, parlamentaria o de personas físicas o jurídicas” (f. 4).

De todo lo anterior se desprende que, de un modo muy amplio, Portal de Belén tiene por finalidad general y específica favorecer “*la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción*”, para lo cual tiene que promover “*todo tipo de actividades*” que, en tanto sean lícitas, “*cooperen o faciliten a la consecución*” de tales fines. Y, por ello, el presidente de la asociación (o, en su defecto, el vicepresidente) está facultado por el estatuto para ejercer la representación de la entidad “*ante todo tipo de autoridad*

pública, administrativa, judicial, parlamentaria o de personas físicas o jurídicas” en la defensa de los objetivos trazados.

El estatuto no es lo suficientemente específico respecto de que sea un objetivo prioritario o distintivo de la asociación el promover acciones judiciales para repelar o conjurar situaciones fácticas o regulaciones normativas que pudieran afectar la protección que a la vida -desde la concepción- concede nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Dicha precisión, si estuviera prevista estatutariamente, podría ayudar a despejar cualquier duda que hubiera sobre la aptitud y pertinencia de esta entidad –o de cualquier otra- para ejercer acciones con la trascendencia y dimensión de la debatida en estos autos.

No obstante, tampoco se puede desconocer que, en aras de defender los fines de la entidad, entre los que sobresale la defensa integral de la vida “*desde el momento de la concepción*”, Portal de Belén tiene por norte la promoción de “*todo tipo de actividades lícitas*” y ante “*todo tipo de autoridad pública*”, lo que incluye las incoadas ante la judicatura. Y esa es la razón por la que, precisamente, en el momento de plantear la demanda en estos autos, la parte actora invocó los precedentes en los que ha accionado judicialmente (entre ellos, el caso “Portal de Belén”, fallado por la CSJN en 2002), precisamente para acreditar su consistencia a lo largo del tiempo con aquello que ha sido el *leitmotiv* de la asociación.

En definitiva, en virtud de lo desarrollado hasta el momento no parece haber duda de que media una íntima conexión entre los objetivos estatutarios de la entidad y la pretensión que se persigue, por medio de la presente acción de amparo, en defensa de la vida desde la concepción. Esto hace presumir que el interés colectivo de la categoría o clase formada por las personas por nacer está adecuadamente representado, en la medida en que, según la demandante, se persigue bloquear los efectos presuntamente irremediables que sobre dicha clase se proyectarían si se implementara la Resolución n.º 93/12, que para la práctica de abortos no punibles, en los términos del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, solo exige una declaración jurada de la mujer (o de su representante legal) en la que la interesada

manifieste que el embarazo es fruto de un abuso sexual con acceso carnal.

A mayor abundamiento y sin que esto pretenda desmerecer la legitimación activa que corresponde ratificar a favor de Portal de Belén en la presente acción de amparo colectiva, resulta pertinente efectuar una última y breve consideración. Cuando los procesos colectivos tienen lugar y versan sobre cuestiones de suma trascendencia y respecto de las cuales puede haber asociaciones que expresen preferencias valorativas, intereses o cosmovisiones encontradas, como por ejemplo sobre *“el instante en que comienza la vida y el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo”*, surge conveniente abrir el proceso *“hacia la pluralidad de sectores interesados”*[\[110\]](#).

En otras palabras, en los casos en los que están en juego derechos o intereses de incidencia colectiva con las particularidades detalladas, los jueces, en tanto directores del proceso, no deben dudar en buscar la readecuación de las categorías o clases en discordia, así como la *“integración de la litis que comprenda a todos aquellos a través de sus representantes adecuados”*[\[111\]](#). Esto ratifica la relevancia que tiene el riguroso examen previo de la representatividad adecuada de la asociación que se autodenomina para defender a una clase o colectivo. Esta indagación resulta más exigible aún *“para evitar que el problema se traslade a la falta de homogeneidad dentro del colectivo que se intenta representar, lo cual indefectiblemente derivará en una inadecuada defensa de los derechos de sus miembros por existencia de intereses encontrados”*[\[112\]](#).

En definitiva, en las situaciones colectivas que pueden suponer o dar lugar a severos conflictos de intereses, que a su vez trasuntan hondas controversias axiológicas, la tramitación procesal debe abrirse a permitir que todas las voces y puntos de vista puedan estar adecuadamente representados -aunque ello demande la subdivisión de las categorías o clases en tensión-, so pena de afectar el derecho constitucional de defensa de quienes puedan verse afectados en su esfera individual por la representación colectiva asumida por una asociación con cuyos fines, ideales, preferencias valorativas y objetivos no comulgara.

Como consecuencia de todo lo desarrollado, corresponde rechazar el agravio invocado por la parte demandada y, por ende, ratificar que, en los presentes autos, nos encontramos frente a un caso colectivo (en los términos de los arts. 43, segundo párrafo, de la CN, y 53 de la CP) y que, además, Portal de Belén Asociación Civil cuenta con legitimación adecuada y suficiente para representar los intereses de la categoría o clase formada por las personas por nacer a las que podría afectar la Resolución n.º 93/12, cuya declaración de inconstitucionalidad persigue la entidad accionante.

III. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA ES NULA POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN LÓGICA, Y POR PROPICIAR UNA INTERPRETACIÓN QUE PONE EN COLISIÓN INSALVABLE DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, CON TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y CON LA LEGISLACIÓN PENAL DE FONDO

Habiendo despejado que la parte actora cuenta con legitimación suficiente para accionar en forma colectiva en los presentes autos, seguidamente, por razones metodológicas, corresponde ingresar al análisis del siguiente agravio que, por sus implicancias, de ser admitido, podría incidir en el sentido de esta decisión. Se trata del reproche formulado tanto por la demandada (la Provincia) como por la tercera (Mujeres por el Derecho a Decidir) a la sentencia recurrida, por entender que el tribunal *a quo* ha incurrido en falta de fundamentación lógica, lo que volvería a la resolución –según esgrimen- insalvablemente nula en los términos de los artículos 155 de la CP y 326 del CPCC. En ambos casos, en sus respectivos recursos de casación, las recurrentes contextualizaron el defecto imputado en la causal prevista por el artículo 383, inc. 1, del CPCC, mientras que la tercera articuló además un recurso de inconstitucionalidad (art. 391 del CPCC), que también será resuelto en este acápite por la íntima vinculación que ambos agravios guardan en función de la argumentación desplegada por la Cámara. El análisis será dividido de la siguiente forma:

a. Resolución contradictoria. Respuesta que vuelve inconciliable el Derecho Público local con el esquema de reparto de competencias que emerge de la Constitución federal

En ajustada síntesis, de acuerdo con los recurrentes, básicamente, el vicio lógico achacado al tribunal *a quo* consiste en haber incurrido en autocontradicción; esto, por haber declarado inconstitucional –*in totum*– la Resolución n.º 93/12, que reglamenta la guía o procedimiento para las mujeres que demanden la práctica de abortos no punibles según lo establecido por el artículo 86, inciso 1 y 2, del Código Penal, sin haber declarado –en el mismo sentido– la inconstitucionalidad de dicha norma de fondo, de la que la guía o protocolo pretende ser su ejecución o reglamentación.

La Cámara basó su razonamiento en dos premisas:

- 1) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal, aun cuando tal cuestión fue expresamente solicitada por la parte actora en la ampliación de la demanda (f. 128 y vta.), hubiera significado desnaturalizar la vía del amparo y transformar a dicho tribunal en instancia “*de apelación de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ‘F., A. L. s/Medida autosatisfactiva’*”[\[113\]](#)(fs. 1180 y 1180 vta.).
- 2) La constitucionalidad de la guía podía ser “*juzgada con total independencia de la validez constitucional de las normas del Código Penal*” (f. 1180 vta.) Asimismo, el tribunal partió de que la Constitución provincial protege con “*énfasis mayor*” (f. 1188) el derecho a la vida, desde la concepción, en virtud de los artículos 4, 19, inc. 1, y 59 de la CP. Y, por ende, esa elevación del piso de protección –a favor de las personas por nacer– es compatible con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, razón por la cual, en virtud del principio que manda aplicar la norma más protectoria (*pro homine*), “*en caso de divergencia entre normas otorga [léase la Constitución de Córdoba] siempre prioridad a aquella que otorga una tutela más amplia a la persona humana*” (f. 1188).

Les asiste razón a los recurrentes: la sentencia en análisis viola el principio lógico de no contradicción. En efecto, la solución que propicia el tribunal *a quo* lleva implícita el siguiente

postulado: dada la mayor amplitud de la que goza en Córdoba la protección del derecho a la vida desde la concepción, sea en su variante punible o en la no punible, la práctica del aborto no es posible en la provincia bajo ninguna circunstancia. Y la propia Cámara lo dice sin vueltas: “[S]i el Estado provincial concurriera en auxilio de quien quiera atentar con la vida de un niño (por nacer), mal podría considerarse que cumple con el mandato constitucional de ‘respetar y proteger’ la inviolabilidad de esa vida, como se lo manda el art. 4 de la C. Pcial. y, menos aún, el de ajustar sus políticas de salud a los lineamientos fijados por el art. 59 de la C. Pcial., que la obliga a prevenir los riesgos ‘de todas las personas, desde su concepción’” (f. 1192). El tribunal va más allá cuando sostiene que las cosas tampoco cambiarían si, en vez de mediante una resolución administrativa, la guía hubiera sido establecida mediante una ley: “[N]i siquiera la Legislatura local hubiera podido válidamente establecer el régimen que establece la reglamentación en cuestión, porque de ninguna manera podría superar el test de razonabilidad esa norma que le impone al Estado el deber prestacional de ejecutar el aborto que una madre ha decidido llevar a cabo, en los casos contemplados en el art. 86 del Código Penal según la denominada ‘interpretación amplia’. Más aún si para el supuesto de violación basta una simple declaración jurada aún a riesgo de que existan ‘casos fabricados’” (f. 1194).

En la misma dirección, bajo la errónea calificación doctrinaria de que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal contiene hipótesis de excusas absolutorias, la Cámara concluye que el aborto es –sin matices– una conducta antijurídica, aun en los casos en lo que tal práctica no resulta punible, por lo que “el Código Penal no otorga una autorización para abortar en los casos de los incisos del art. 86 ni, menos aún, confiere un derecho a hacerlo” (f. 1191 vta.).

Como puede apreciarse, en virtud de los alcances absolutos que el tribunal da a las normas constitucionales provinciales (arts. 4, 19, inc. 1, y 59), la colisión entre estas y el artículo 86 del Código Penal resulta frontal, rotunda e ineludible. Por este costado, por ende, ninguna

guía que reglamentara la posibilidad de que la mujer embarazada como fruto de un abuso sexual con acceso carnal demandara la interrupción de la gestación no punible, en los términos del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, pasaría el test de constitucionalidad, sin importar si dicha guía tuviera como origen un simple acto administrativo o una ley. Lo mismo pasaría si la mujer requiriera tal práctica por encontrarse en peligro su vida o salud, y tal circunstancia no pudiera ser evitada por otra vía (art. 86, inciso 1, del mismo código).

La doctrina que emerge de la decisión de la Cámara es terminante: en ningún caso, el Estado provincial podría proporcionar los medios materiales para ejecutar, particularmente, una práctica como la posibilitada por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, según la interpretación efectuada por la CSJN en la causa “F., A. L.”. Como puede observarse, el telón de fondo radica en negar lo que, según la Corte, se trata de un permiso o autorización que le asiste a toda mujer por la trágica circunstancia de haber sido víctima de un delito que la ha cosificado y que la ha privado de uno de sus derechos más fundamentales [\[114\]](#), aquel relacionado con la autodeterminación sexual.

Desde esta perspectiva y dado que la guía está inexorablemente atada al Código Penal, como lo manifiesta el nombre que formalmente le asigna la propia Resolución n.º 93/12 (“Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punibles, según lo establecido en el artículo 86, incisos 1 y 2 del Código Penal”), no luce lógicamente consistente que pueda declararse la inconstitucionalidad de lo uno (guía) sin antes haber hecho lo mismo respecto de lo que le da base y razón de ser (la norma de fondo contenida por el artículo 86 del Código Penal).

Nadie niega que Córdoba goce de autonomía para ampliar el piso protectorio de los derechos reconocidos y garantizados por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Pero, para su legítima procedencia, esta atribución está sujeta a ciertas condiciones internas e internacionales. Desde el primer ángulo, la ampliación no puede hacerse a costa de fracturar las vigas maestras que dan sentido y cohesión a la unidad jurídica nacional, en el marco de un

Estado federal (arts. 1, 5, 31, 75 y 123, entre otros, de la CN). En efecto, tal como lo han expresado reconocidos tratadistas: *“Los derechos también son susceptibles de incremento (más derechos, o mayores contenidos en los mismos que surgen de la constitución federal) a condición de que con ello no se altere el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias”*[\[115\]](#). Y contra ese reparto, precisamente, conspira el sentido de la resolución adoptada por la Cámara, porque, si la interpretación que de ella se desprende fuera confirmada en esta instancia, el resultado sería que en Córdoba rige una suerte de Código Penal paralelo –al vigente en el resto de la Argentina-, según el cual el aborto no puede ser justificado ni practicado en ninguna hipótesis, al margen de la discusión sobre las circunstancias que extraordinariamente posibilitan su no punibilidad. Razonar por esta vía supondría operar en el vacío y haciendo caso omiso de las atribuciones constitucionalmente reconocidas al gobierno federal, como la de dictar códigos de fondo (art. 75, inc. 12, de la CN). En efecto, se ha dicho: *“Como es sabido, la codificación implica el intento de ordenar en un solo cuerpo legal, racional y consistentemente una determinada materia, a fin de evitar contradicciones y lagunas jurídicas (...). La atribución de dictar los códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Poder Legislativo federal y exclusiva de éste”*[\[116\]](#).

En todo momento la Cámara alude a la búsqueda de una compatibilización razonable de los derechos e intereses en juego, *“sin omitir la debida consideración con respeto al otro extremo del conflicto”* (f. 1192 vta.), que vendría a ser la mujer a la que refiere el artículo 86, inc. 2, del Código Penal. Pero nunca explica cómo podrían armonizarse *“el mayor énfasis”* (1188 vta.) en la protección del derecho del por nacer –según su interpretación de los artículos 4, 19, inciso 1, y 59 de la Constitución provincial- y la autorización que el Código Penal (ley federal de fondo) le reconoce a esa mujer en tanto ha sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal y como consecuencia del cual ha quedado embarazada. De todos modos, la respuesta elíptica que ensaya niega la posibilidad de cualquier armonización

al esgrimir: “[L]a mayor o menor amplitud que las autoridades del Gobierno federal decidan darle a las excusas absolutorias del aborto ninguna incidencia puede tener en las políticas de salud de la Provincia y menos aún con los que fija la propia Constitución Provincial” (fs. 1193 y 1193 vta.). Esto y sostener que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal no tiene ninguna relevancia jurídica en Córdoba es lo mismo y, por eso, el tribunal procedió a declarar inconstitucional la guía y a advertir que, ni aun cuando aquella fuera sancionada por medio de una ley, podría subsistir a la luz de las previsiones constitucionales provinciales. La Cámara pareciera haberlo resuelto: las mujeres no disponen de ese permiso excepcional en la provincia y esta no puede garantizar dicho ejercicio por medio de su sistema sanitario. El problema que conlleva esa conclusión es que –dadas las circunstancias- lo que es reconocido como una alternativa legítima por una ley federal de fondo que no ha sido formalmente declarada inconstitucional no puede ser desconocido sin desconocer –valga la redundancia- las bases mismas sobre las que se asienta nuestra organización federal y, con ella, el principio de supremacía de la Constitución de la Nación (art. 31, CN). Este presupuesto de nuestra conformación institucional –cabe recordar- supone dos cosas: 1) un sistema jerárquico de fuentes normativas, en función de un reparto de competencias (entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), con procedimientos y formas fijados por la CN; 2) un contenido sustancial o material, también definido por la CN, “al que ninguna fuente inferior o derivada debe oponerse cuando emana sus propios productos”^[117]. La interpretación que propicia el tribunal *a quo* proyecta una solución contradictoria con estos dos carriles por los que transcurre el principio de supremacía: el procedimental y el sustantivo, como se verá a lo largo de este acápite. Este es el test lógico-constitucional que no soporta la sentencia bajo análisis.

La contradicción no resuelta esconde dos diferencias constitucionales trascendentes e irreductibles. La primera es que la Cámara pretende que, constitucionalmente, Córdoba brinda una respuesta diferente al severo conflicto de intereses que se plantea cuando, por ejemplo, en

casos de embarazos que son producto de un acto antijurídico (abuso sexual con acceso carnal), entran en colisión la posibilidad que se le reconoce a la mujer de interrumpir la gestación producto de dicha ilicitud intolerable sin que ello conlleve consecuencias penales y el derecho del por nacer que es fruto de esa misma agresión sexual. La cantidad de *amicus curiae* (cerca de un centenar) que se presentaron espontáneamente o a partir del llamado efectuado por este TSJ revela el grado de conciencia social que existe sobre la magnitud del conflicto suscitado.

Sin dudas, cuando ocurren tragedias como estas, estamos en presencia de lo que algunos doctrinarios llaman “dilemas constitucionales”, que se generan cuando concurren dos elementos: “[U]na elección entre dos bienes (o males) distintos protegidos por derechos fundamentales; una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental sin importar lo que implique la decisión”[\[118\]](#). En resumen, se trata de fricciones jurídicas insolubles en las que, lamentablemente, se va a perder algo fundamental, razón por la cual resulta pertinente la siguiente reflexión: “¿Deberíamos desesperarnos? Concluiré que no deberíamos hacerlo. Al contrario, argumentaré, es importante tomarse los conflictos de derechos en serio, lo que significa que deberíamos comprenderlos. Sólo entonces seremos capaces de arreglárnoslas con ellos, incluso a pesar de que nunca será alcanzable una solución final”[\[119\]](#).

Quienes postulan la doctrina de los dilemas constitucionales sostienen que, frente a ellos, “[L]a argumentación jurídica no es capaz de proveer una única respuesta correcta en estos casos”[\[120\]](#). A ello hay que sumar que esa respuesta, en caso de ser dada, corresponde al órgano con competencia constitucional para reglamentar derechos con alcances generales; en nuestro caso, el legislador federal (art. 75, inciso 12, CN). Y es él quien, más allá de los diferentes esquemas de preferencias axiológicas que admite nuestro ordenamiento, ha resuelto que la extrema conflictividad que describe el artículo 86, inciso 2, del Código Penal “no era evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus”, tal como lo expuso

claramente, sin rodeos, la exjueza Argibay en la causa “F., A. L.”: “[L]a estructura sistemática de la norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal)”[121].

Conviene insistir: el trágico dilema ha sido resuelto por el órgano federal competente (el Legislativo) mediante una norma de fondo con alcances generales (el art. 86, incisos 1 y 2, del Código Penal) y después de haber sopesado que era la salida más compatible con el resto del plexo constitucional y convencional vigente en el país, lo que ha sido ratificado por la CSJN. Esto constituye un límite infranqueable para este Poder Judicial local, porque hay que estar prevenidos de lo siguiente: “[Q]ue de la plena justiciabilidad –en cuanto amplitud de jurisdicción y conocimiento de todas las causas- se pase a un activismo ideológico en virtud del cual toda la actividad política del Estado quede subordinada a las valoraciones de los jueces, que no se detendrían ante el control de compatibilidad entre normas de distinto nivel jerárquico (es decir, problemas de competencia en el Estado), sino que penetrarían decididamente en el ámbito de la compatibilidad ideológica de los medios utilizados por el legislador para alcanzar los fines constitucionales interpretados políticamente por él. Es decir, entonces, que el riesgo aparece en el momento preciso en que la plena justiciabilidad puede servir de fundamento o de pretexto para transformar el control de constitucionalidad de las normas en un medio de intervención indirecta (no popular) para asegurar el status quo en el Estado. Así, los jueces incluirán en sus potestades la función misional de impedir o retardar el avance de ciertas tendencias legislativas inspiradas en

concepciones transformadoras que a su juicio podrían ser peligrosas para la supervivencia de las estructuras existentes”[122].

En otras palabras, la Cámara se aparta de la forma en que el legislador ha ponderado y saldado el dilema. Por ello, omitiendo toda posibilidad de que lo resuelto por la CSJN en el caso “F., A. L.” pueda ser considerado como un aporte al diálogo jurisprudencial que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos propicia en el sistema interamericano de derechos humanos, concluye: “[N]o puede decirse que exista una jurisprudencia internacional que haya sentado criterios sobre el modo de resolver el conflicto de derechos que se presenta, en casos como el que pretende regular la resolución ministerial en cuestión, entre los derechos del niño por nacer y los de su madre” (f. 1199). Por ende, declara inconstitucional el protocolo que busca reglamentar e instrumentar el mecanismo para que, por ejemplo, la mujer embarazada como consecuencia de un abuso sexual con acceso carnal pueda ejercer el permiso excepcional que le concede el propio legislador.

En segundo lugar, la Cámara también pretende –erróneamente- que en Córdoba se ratifique que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal contiene una simple excusa absolutoria, que solo conllevaría el efecto de desincriminar una conducta que, por lo demás, “*sigue siendo antijurídica*”, razón por la cual no debe interpretarse –según el tribunal *a quo*- que “*el Código Penal otorga una autorización para abortar en los casos de los incisos del art. 86 ni, menos aún, que confiere un derecho a hacerlo*” (f. 1191 vta.). Esto resulta clave, porque, a partir de una conceptualización equivocada, la sentencia bajo análisis termina negando lo que, según la CSJN, por el contrario, constituye un derecho o un permiso[123] que el legislador concede excepcionalmente a la mujer que resulta embarazada como consecuencia de una violación, o cuando peligr su vida o salud.

En efecto, conviene dejarlo sentado desde ahora: la guía no abre una discusión sobre la libertad de la mujer para interrumpir voluntariamente la gestación en cualquier circunstancia - hipótesis no contemplada por nuestro ordenamiento jurídico ni por jurisprudencia argentina

alguna-, sino que se limita a instrumentar el mecanismo para posibilitar la práctica autorizada por el propio legislador, en el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal, en los siguientes casos: 1) cuando se hiciera con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no pudiera ser evitado por otros medios; 2) en la medida en que tal intervención fuera llevada a cabo por un médico diplomado y mediara el consentimiento de la propia mujer (en la hipótesis de que fuera capaz) o de su representante legal (en la hipótesis de que fuera menor de edad o padeciera alteraciones mentales) siempre que aquella hubiera sido objeto de un abuso sexual con acceso carnal, como producto del cual hubiera quedado encinta. Resulta oportuno insistir: es la especial situación por la que atraviesa la mujer la que justifica su derecho de acceder excepcionalmente al procedimiento que autoriza el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal.

En otras palabras, específicamente, en el segundo caso, se trata de un permiso o derecho^[124] reconocido a la mujer por su particular y trágica condición de víctima de un acto de violencia sexual que, al haber anulado su consentimiento, ha supuesto un ataque a su libertad de autodeterminación sexual y a su dignidad sexual^[125]. Por ello, algunos destacados constitucionalistas y iusfilósofos argentinos han ponderado lo siguiente: *“Hay una diferencia moral en la admisibilidad del aborto según sea el grado de voluntariedad del acto sexual que condujo a la concepción: no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que el que resultó de un acto sexual voluntario”*^[126].

La Cámara niega tajantemente tal permiso o derecho de la mujer sobre la base equivocada de que el artículo 86, inc. 2, del Código Penal configura una excusa absolutoria. En efecto, el tribunal *a quo* sostiene: *“[E]l hecho de que el legislador penal haya eximido de pena a determinada conducta no necesariamente la transforma a ésta en una conducta lícita y, menos aún, en un derecho exigible”* (f. 1190 vta.). Conviene recordar que las excusas absolutorias han sido definidas por la doctrina como *“circunstancias que, sin afectar la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, en atención a razones de política criminal,*

eximen de pena al autor de determinados delitos”[\[127\]](#). Un ejemplo típico es el que regula el artículo 185 del Código Penal, en la medida en que, por ejemplo, en su inciso 1, postula que “[e]stán exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren, los cónyuges, ascendientes y afines en línea recta”. Por medio de esta disposición, en aras de dar prioridad al valor intangible de la familia, se “*exime de pena al autor, pero sin negar su carácter delictivo*”[\[128\]](#); es decir, al hecho. Esto es lo que explica que, por ejemplo, eventualmente, subsista la posibilidad de una reparación civil, porque la excusa absolutaria, más allá de que el Estado decline su persecución penal, no purga a la conducta, que sigue siendo típica y antijurídica. Precisamente, la errónea ubicación del artículo 86, inc. 2 entre las excusas absolutorias lleva a la Cámara a afirmar que, aunque no fuera punible, el aborto al que alude tal norma “*puede configurar un delito civil y generar la obligación de indemnizar el daño material y moral (art. 1077, 1078, 1079, 1081 y cc. C. Civil)*” (f. 1191). Es decir que, según el tribunal *a quo*, la mujer o la niña víctima de una violación, pese a ello, podrían tener que indemnizar pecuniariamente (no se precisa a quién) por una larga cadena de consecuencias (entre ellas, la posibilidad de interrumpir la gestación) que tienen como causa última un acto no querido por ellas: un abuso sexual con acceso carnal.

Como surge evidente, la Cámara encorseta como excusa absolutoria lo que es una causal de justificación; esto es, “*permisos concebidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico*”, lo que obedece “*al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo*”[\[129\]](#). Es decir que, en estos casos, a diferencia de lo que enarbola el tribunal *a quo*, el telón de fondo es una colisión insalvable entre dos bienes jurídicos y el legislador –no el juez– lo resuelve priorizando a uno. Esto hace que, a pesar de que el autor del acto despliegue una conducta descrita como ilícita por un tipo penal (por ejemplo, quien comete homicidio en legítima defensa, en los términos del artículo 34, inciso 6, del Código Penal), esta no sea antijurídica

porque media una causa de justificación. En otras palabras, como han precisado algunos autores: “*Un comportamiento es antijurídico cuando es adverso a la norma (un comportamiento típico) y no justificado*”[\[130\]](#). Por forzoso argumento en contrario, si existe una justificación, la conducta, no obstante ser típica al estar encuadrada por una figura penal, no es antijurídica. Ya lo ha dicho prestigiosa doctrina sobre la materia: “*La antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe simplemente porque el hecho sea típico. (...) El que mata en legítima defensa realiza el tipo delictivo del artículo 79, pero no obra antijurídicamente. Pero el que realiza un tipo penal obra antijurídicamente si no concurre una causa de justificación*”[\[131\]](#).

De lo anteriormente expresado se desprenden tres consecuencias:

1) Específicamente, el artículo 86, inciso 2, del Código Penal tiene como base el dilema o tragedia entre el derecho del que aún no ha nacido (la vida intrauterina) y la posibilidad excepcional de decidir la interrupción de su gestación –y sin que ello sea considerado un acto antijurídico- por quien ha resultado embarazada como producto de un acto de violencia sexual (un abuso sexual con acceso carnal) que, lejos de haber consentido, constituye “*un ataque contra sus derechos más fundamentales*”[\[132\]](#).

2) El legislador federal ha despejado el dilema constitucional concediendo a la mujer un permiso excepcional en virtud de mediar una causa de justificación atendible: ella ha sido víctima de un acto antijurídico. Igual permiso se concede a la mujer cuya vida o salud corriera peligro, en la medida en que esto no pudiera ser evitado de otra forma (art. 86, inciso 1, del Código Penal). Esto es lo que explica por qué, lejos de ser una mera excusa absolutoria, la práctica de la interrupción de la gestación que se pretende –respecto de la que debe mediar el consentimiento de la mujer y la intervención de un médico diplomado-, pese a ser típica, no es antijurídica, como pretende la Cámara; por el contrario, de acuerdo con la CSJN, es un permiso o derecho expresamente reconocido por el legislador a la mujer. Por ello, en diez oportunidades, la Corte alude a él en esos términos, en el voto en común dictado en la causa

“F., A. L.”.

3) El sacrificio excepcional de uno de los bienes jurídicos es la única salida posible a un dilema que, de otra forma, no tendría solución, y se asienta en el carácter siempre relativo de todos los derechos, que nunca pueden concebirse de forma absoluta^[133], premisa axial de nuestro orden constitucional y convencional, como se verá más abajo. Es decir, el permiso que se concede es en atención a las excepcionalísimas circunstancias que concurren y que lo justifican, como acontece también en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo.

No se trata de una mera discrepancia doctrinaria sin relevancia práctica, sino, por el contrario, de una diferencia que está en el centro de la discusión planteada en estos autos y que prueba la inescindible conexión entre las dos cuestiones que la Cámara pretende dissociar: la ley de fondo y la guía. Precisamente, por la forma en que el tribunal *a quo* conceptúa la hipótesis contenida en el artículo 86, inc. 2, del Código Penal, como una excusa absolutoria, la interrupción de la gestación es y será siempre un delito (esto es, una conducta típica y antijurídica), aun cuando por meras razones de política criminal el legislador hubiera resuelto no punir dicha acción. A ello hay que sumar que, según la interpretación de las normas constitucionales provinciales que propicia la Cámara –y también la parte actora–, el derecho a la vida del por nacer (desde la concepción) goza de tal énfasis que, en caso de conflicto, tal calidad lo volvería inconciliable con otros derechos. En virtud de todo este andamiaje, ninguna guía o protocolo que posibilitara tal práctica (a la que alude la norma del Código Penal) sería plausible en Córdoba, donde ese mayor énfasis –amén del *nomen iuris*–, en los hechos, se transforma irrestrictamente en un derecho absoluto, ante el que tiene que ceder –inclusive– el otro polo del dilema: el plexo de derechos (a la autodeterminación personal, sexual y familiar; a la salud, a la dignidad, a la integridad psíquico-física, a una existencia sin violencia y a diseñar un proyecto de vida sin intromisiones arbitrarias) de la mujer o niña, que estarían obligadas a llevar a término el embarazo –aun en contra de su consentimiento– cuando

este fuera fruto de una violación.

A todo lo anteriormente desarrollado hay que agregar que, como el Estado provincial estaría vedado de concurrir “*en auxilio de quien quiera atentar contra la vida de un niño (por nacer)*” (f. 1192), la mujer o niña víctimas de una violación, o la mujer cuya vida o salud estuvieran en peligro estarían obligadas a algunas de estas tres posibilidades:

- 1) A dar a luz, aun en contra de su voluntad.
- 2) A concurrir a otra provincia o a un hospital dependiente de la órbita nacional a demandar la práctica en cuestión.
- 3) A arriesgarse a la práctica a la que refiere el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal al margen del sistema jurídico y sanitario cordobés –con todos los riesgos que ello supondría, principalmente para su salud-, en la medida en que los médicos seguirían alcanzados por las previsiones de la Ley n.º 6222, que en el artículo 7, inciso *d*, les prohíbe (a los profesionales de las ciencias de la salud en general) “[p]racticar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento con ese fin”. En esta última hipótesis, que muestra la colisión frontal entre el razonamiento desarrollado por la Cámara y la previsión del Código Penal, la mujer o niña que se arriesgaran a someterse a la práctica, seguramente, terminarían siendo inculpas penalmente y, si no lo fueran –en el caso de que tras un proceso judicial demostraran que la génesis de todo es que ellas habían sido víctimas de un abuso sexual con acceso carnal del que resultaron embarazadas-, aun así podrían tener que afrontar una indemnización civil, porque el hecho seguiría siendo contrario a derecho (antijurídico), de acuerdo con la construcción del tribunal *a quo*.

A esas tres opciones podría sumarse una cuarta, que sintetiza la magnitud de la colisión que se produciría en el caso de que se confirmara la doctrina y la solución que postula la sentencia de la Cámara. En efecto, a partir de la premisa de que ninguna guía o protocolo podría reglamentar en Córdoba el permiso reconocido por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, la mujer o niña que resultara embarazada como consecuencia de haber sido víctima de un

abuso sexual con acceso carnal, sea por sí misma o por medio de su representante legal, según correspondiera, se vería obligada a acudir a alguna variante procesal para que un juez despejara la falta de certeza constitucional en la que quedaría atrapada; esto, por no saber cómo deberían armonizarse las normas constitucionales provinciales (arts. 4, 19, inciso 1, y 59), según la inteligencia rayana con lo absoluto que les otorga la Cámara, con las de una ley federal de fondo (art. 86, inc. 2, del Código Penal), de manera que no pierdan sentido el primado de la Constitución Nacional y de los principios que de ella se desprenden (arts. 1, 5, 31, 75 [incisos 12 y 22] y 123, entre otros, de la CN).

Además del agravamiento de la situación emocional, psíquica y corporal de la víctima como producto de sujetar esta incertidumbre a las vicisitudes de un proceso judicial –con el añadido de que podría haber respuestas jurisdiccionales diferentes–, esta engorrosa solución contravendría frontalmente otro de los lineamientos que emerge de la causa “F., A. L.”; específicamente, aquel que fija lo siguiente: *“Cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicitara 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 médicos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999)”* [134]. En otras palabras, hay que *“abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”*, como se desprende de la exhortación final que, en la misma causa (en el voto en común), la Corte Suprema efectúa al *“Poder Judicial nacional y a los*

poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La forma de concebir la cuestión por parte de la Cámara revela que la contradicción es irreductible e insalvable no ya con la guía, sino con aquello de lo cual ella pretende ser su legítima reglamentación: el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, norma ahora vivificada por la interpretación amplia efectuada por la CSJN en “F., A. L.”; según la Corte federal, el aborto no es punible y su práctica puede ser demandada por cualquier mujer (tradicionalmente se entendía que dicho inciso solo aludía a la “*mujer idiota o demente*”) en la medida en que haya resultado embarazada como producto de una violación (abuso sexual con acceso carnal), y siempre que la interrupción fuera concretada por un médico diplomado y mediara el consentimiento de la propia víctima o de su representante legal (en la hipótesis de que se tratara de una mujer con alteraciones mentales o de una persona menor de edad).

Ahora bien, si la mujer dispone de una habilitación, derecho o permiso, en los términos de la CSJN, es porque la ley federal (el Código Penal) parte de que media una causal de justificación legitimante (una agresión sexual que cosifica a la mujer). Y esta última hace que una conducta típica (esto es, descripta como ilícita por un tipo penal, el aborto), no obstante ello, excepcionalmente no sea concebida como antijurídica y que, además, cubra la autorización que ella conlleva (interrumpir la gestación producto de esa agresión sexual) debajo del paraguas invulnerable del artículo 19 de la CN, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por ello, más allá de los esquemas valorativos y de preferencias personales, no hay que perder de miras que, en el caso del aborto permitido según el artículo 86 del Código Penal, como acontece con otros delitos, está en juego un problema de justificación. Por eso, con tino, algunos doctrinarios han advertido: *“Nadie discute, por ejemplo, el problema en la legítima defensa y aun en el estado de necesidad defensivo. Llama la atención sí que este punto no sea comprendido por sectores de diversas ideologías que razonan contradictoriamente en temas iguales. Y en este punto existe un ejemplo muy notorio. Los grupos que apoyan una idea de*

aborto amplia, se quejan de la posibilidad de que se mate en la legítima defensa en el caso de bienes materiales. Y los grupos que defienden la posibilidad de la muerte, en esos casos, salen a sostener que no es posible aplicar este esquema de justificación al delito de aborto. Ambos grupos invocan los pactos de derechos humanos. Lo que no advierten los grupos mencionados es que en ambos casos no se trata de un problema de derechos humanos, en el sentido de normas de mandato o de prohibición, sino de un problema de justificación, que es otra cosa. La contrariedad es más que obvia, y ello porque se ha suplantado el Derecho como algo racional por la ideología, de modo que en este punto gana la partida la irracionalidad y la imposibilidad del discurso crítico”[\[135\]](#).

Si bien los argumentos brindados precedentemente resultan terminantes y dirimentes para acoger los recursos articulados por las recurrentes y para concluir que la resolución bajo estudio adolece de falta de fundamentación lógica, aún falta tratar un aspecto sustancial, que será abordado a continuación.

b. Violación del principio de razón suficiente. Respuesta que no se condice con los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos

Los recurrentes esgrimen que la sentencia de la Cámara vulnera pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos o la armonía que emerge del orden constitucional y convencional en el que se encuentra inscripta la República Argentina. Particularmente, la tercera (Mujeres por el Derecho de Decidir) sostiene que el tribunal *a quo* ha incurrido en violación del principio lógico de razón suficiente, en la medida en que –según afirma– no se han brindado argumentos de peso para concluir que el derecho a la vida de la persona por nacer goza de una protección “absoluta” según el Derecho Público provincial y sin que ello sea contradictorio con el ordenamiento jurídico ni con la última jurisprudencia nacional e internacional.

En este sentido, el razonamiento de la Cámara se basa -en sus propias palabras- en dos ideas fuerza: 1) “[S]i juzgamos desde este punto de vista las disposiciones de los

arts. 4 y 19, inc. 1, de la Constitución de Córdoba, lejos de hallarse alguna incompatibilidad o contradicción entre las normas constitucionales locales y las del bloque de constitucionalidad federal (...), podemos apreciar que hay una armonía total. Sin embargo, no podemos dejar de advertir en las normas locales un énfasis mayor en el deber de los órganos estatales de respetar y proteger el derecho a la vida de los niños por nacer y muy especialmente en materia de política de salud” (f. 1188). 2) “Lo dicho nos lleva a concluir que los arts. 4, 19 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba pasan sobradamente con éxito el control de constitucionalidad y convencionalidad, porque resultan armónicas [sic] con el sistema normativo de protección de los derechos fundamentales del hombre, tanto a nivel de la Constitución Nacional, como de los tratados con jerarquía constitucional. Además, el mayor énfasis en la protección de los derechos del niño por nacer que se percibe en las normas locales tiene plena validez en virtud del principio pro homine” (f. 1188 vta.).

Como se demostrará a continuación, otra vez, les asiste razón a los recurrentes. La Cámara se abstiene cuidadosamente de afirmar que el derecho a la vida del por nacer tenga carácter absoluto y solo alude “*al mayor énfasis en la protección*” que le otorga la Constitución de la Provincia. Pero, amén de esta prevención semántica, la interpretación que formula de los artículos 4, 19, inciso 1, y 59 de la CP es tal que el resultado termina siendo el mismo, con ribetes absolutos. En efecto, pareciera que, de acuerdo con el tribunal *a quo* y con la parte accionante, los derechos humanos fundamentales son susceptibles de ser jerarquizados y, en esa gradación, el primado lo tiene el derecho a la vida del *nasciturus*. Por eso, ante cualquier posible conflicto o colisión, debería ceder cualquier otro derecho, sin que ninguna razón o circunstancia justificante pudiera atemperar la entidad o relevancia que se le otorga a tal preeminencia. Por esta vía, el derecho del *nasciturus* se erige en una suerte de metaderecho, por encima de los otros, incondicionado, no derrotable, petrificado, con independencia de cualquier contexto fáctico. En definitiva, es tanto lo que sugiere y es tan fuerte en términos constitucionales la proposición sobre el “mayor énfasis” que, al no haber sido debidamente

contextualizada por la Cámara y al no haber sido acompañada de razones suficientes, incurre en el serio vicio de ser una afirmación dogmática, una petición de principios.

Como se verá en el próximo acápite, no se niega que la Constitución de la Provincia garantice la vida desde la concepción, en la medida en que las previsiones constitucionales nunca pueden ser meros artificios, sino cláusulas que siempre dicen algo (o mucho); en ello radica, precisamente, la fuerza normativa de la Constitución. Ahora bien, sin desconocer ese plus o énfasis puesto de manifiesto en tres artículos (el 4, el 19, inc. 1, y el 59), esto no autoriza a extrapolar consecuencias que conduzcan a un desbalance; es decir, a poner a ese derecho en entredicho, por encima o al margen de los otros, haciendo caso omiso del principio axial de nuestro ordenamiento jurídico, que parte de que no hay derechos absolutos. Con más razón cuando se trata de derechos humanos fundamentales; esto es, derechos referidos a bienes jurídicos de la máxima relevancia, protegidos por normas de la máxima jerarquía (constitucional y convencional) y expresados con la máxima indeterminación o generalidad.

En numerosos precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha destacado que, entre los derechos humanos fundamentales (reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y por otros tratados que conforman el denominado *corpus iuris* interamericano), no median las jerarquías que la Cámara local pareciera querer trazar. En efecto, dicho tribunal internacional ha sostenido: “*Esta Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*”[\[136\]](#).

Esta falta de jerarquía o, lo que es lo mismo, esa paridad, indivisibilidad o interdependencia que impera entre los derechos humanos radica en la circunstancia de que todos ellos comportan o participan de las mismas calidades o características conceptuales; entre otras, estas: universalidad, validez moral, *fundamentalidad*, prioridad, abstracción[\[137\]](#). Esto, en la

medida en que, como lo han resaltado algunos destacados constitucionalistas y iusfilósofos argentinos: “[L]os derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana; de aquí se infiere que todos los hombres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante”[\[138\]](#).

Pero razonando al margen del postulado de la interdependencia y de la falta de jerarquías que media entre los derechos humanos, de forma rígida, absoluta y parcializada, la Cámara asentó su razonamiento sobre la premisa apriorística del “mayor énfasis” del derecho a la vida del por nacer. Por esa vía, olvidó que, cuando se produce una colisión entre derechos fundamentales, no es posible brindar -de antemano- una respuesta unívoca y uniforme para todos los casos, sino que esto depende de las particularidades de cada situación. Por eso, algunos autores entienden que, en estos casos de confrontación, tales derechos deben ser concebidos y sopesados como si fueran principios; esto es, mandatos de optimización y, en cuanto tales, procede la siguiente reflexión: “[S]on normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino jurídicas, que están determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios”[\[139\]](#).

Ese carácter es lo que explica que, aun cuando en un caso concreto la respuesta fuera en la dirección determinada por uno de los principios en discordia, en el plano de su validez constitucional los derechos fundamentales o los principios nunca son mutuamente excluyentes. Por lo tanto, como se ha dicho: “[S]us eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de

una cláusula de excepción en favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario”[\[140\]](#).

Conviene insistir en que, a diferencia de lo que puede deducirse de la premisa del “mayor énfasis” (de un derecho respecto de los otros) del que parte la Cámara, cuando hay derechos humanos fundamentales en juego, no es posible brindar una salida de antemano, válida para toda circunstancia. Es allí cuando la ponderación y la gradualidad desempeñan un papel clave, como ha sido subrayado por la doctrina: “[E]sta fisonomía de principios es la que adoptan los derechos fundamentales, no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de limitación por el legislador”[\[141\]](#).

En otras palabras: por ser derechos fundamentales, justamente, no son absolutos ni excluyentes, sino relativos y articulables, y la principal herramienta hermenéutica cuando entran en colisión entre sí es la ponderación casuística.

Precisamente, así como la ponderación permite que, ante la fatalidad de un acto antijurídico (como un abuso sexual con acceso carnal del que resulta un embarazo), el derecho del por nacer ceda excepcionalmente para no vulnerar otros derechos iguales de fundamentales de la mujer víctima, entre otros casos, ese mismo balanceo jugará a favor del por nacer; esto, en la medida en que, para que la mujer haga uso del permiso que le concede el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, sea necesario exigir un mecanismo mínimo de control de la verosimilitud del derecho que invoca dicha mujer. En ello radica el plus o énfasis protectorio que la Constitución de Córdoba brinda a la vida desde la concepción, no en la pretendida preponderancia del derecho del *nasciturus*, al margen o por encima del resto de los derechos.

La rigidez y preeminencia con que el tribunal *a quo* conceptúa el derecho a la vida del por nacer, omitiendo la debida complementariedad que reina entre los derechos humanos fundamentales, es tributaria del mismo vicio en el que incurre al entender que esa salida “

tiene plena validez en virtud del principio pro homine” (f. 1188 vta.), que, en el caso de divergencias entre normas, prioriza “*a aquella que otorga una tutela más amplia a la persona humana*” (f. 1188). Equivocadamente, el tribunal *a quo* parte de que dicho principio puede ser ponderado en abstracto, de una vez y para siempre, y que, como producto de dicha operación, el resultado es el mismo, único e invariable: el primado absoluto del derecho del *nasciturus*. Resulta oportuno precisar que dicho principio, el denominado *pro homine* o a favor del ser humano, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina, se encuentra previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29); por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5); por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5); por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 1.2); por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 41) y por la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (art. 15).

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado por precisar que se trata de un “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones*”^[142]. Esta pauta hermenéutica, que informa todo el sistema de protección de los derechos humanos, manda que, ante una antinomia normativa fruto de la pluralidad de fuentes aplicables (léase el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, en nuestro caso) y sin importar el origen de la norma (municipal, provincial, nacional o internacional), se busque la regla de derecho o la interpretación que propenda –y según corresponda- a la mayor ampliación o, en su defecto, a la menor limitación de los derechos. Dicho principio siempre supone una doble preferencia: normativa y hermenéutica; o, dicho en otras palabras, buscar el mejor derecho y la mejor interpretación^[143].

Pero este principio, que es complejo y con ribetes propios en materia de derechos humanos, no puede invocarse –como pretende la Cámara-, de una vez y para siempre, para determinar la prioridad de una norma o de un conjunto de normas (los arts. 4, 19, inc. 1, y 59 de la CP) por

encima de otra o de otras; en este caso, sobre lo previsto por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal. Esto, porque, en materia de colisión de derechos o de bienes fundamentales protegidos por normas diferentes, “no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación en cada caso particular”^[144].

En otras palabras, como sostienen algunos doctrinarios: “El principio pro homine no es absoluto, es relativo, no admite una aplicación lineal. Los tribunales nacionales e internacionales, al aplicar el principio, deben buscar simetrías, de modo que su pronunciamiento a favor de la víctima no vaya en detrimento del derecho de otros. Más aún, que maximice las posibilidades de realización del conjunto de derechos que conforman el sistema de protección de los derechos humanos”^[145].

La mayor prueba de la rigidez y de la forma parcializada con que la Cámara operó este principio es que no ha dado razones acerca de por qué, por ejemplo, en virtud del mandato *pro homine* debería prevalecer el derecho a la vida del por nacer y no, por ejemplo, el de la niña embarazada producto de un abuso sexual con acceso carnal, teniendo en cuenta que también tendría que ponderarse obligadamente el interés superior de esta última (arts. 3 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño). ¿En esa prevalencia fijada rígidamente, sin mayores argumentos, radica la aplicación del principio *pro homine* que, según la Cámara, “en caso de divergencia entre normas otorga siempre prioridad a aquella que otorga una tutela más amplia a la persona humana (f. 1188)? ¿En esto consiste la compatibilización razonable entre “los derechos e intereses de ambos extremos del conflicto, con miras al logro del Bien Común” (f. 1193) a la que conduce la tesis del mayor énfasis tal como la desarrolla el tribunal *a quo*? Si esto es así, la Cámara no lo explica de forma suficiente, acabada y convincente.

Desde este costado, en la hipótesis planteada por la colisión entre los derechos del *nasciturus* y de la niña abusada sexualmente que ha resultado embarazada como producto de la violencia operada sobre ella, le resultan aplicables a la Cámara las observaciones que algunos autores

formularon al fallo dictado por la CSJN en la causa “F., A. L.”: *“Atiéndase que aun cuando la Corte no lo haya contemplado, en este asunto claramente debió aplicarse el principio del interés superior del menor, ya que los peligros para su salud o su vida eran ciertos (por ejemplo, tentativa de suicidio), exigiendo que el juzgador se incline por los derechos del niño nacido frente a los del no nacido. Por lo demás, como el derecho internacional de los derechos humanos es un plexo normativo que debe ser interpretado armónicamente, el obligar a una niña violada a culminar con un embarazo de tales características presupone una violación a artículos de la misma Convención sobre los Derechos del Niño (por ejemplo, el art. 6) y de otros acuerdos, entre otros la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes de 1984”* [\[146\]](#).

Resulta palmario que la Cámara no explica por qué, en virtud del principio *pro homine*, que manda dar preferencia a la norma que *“otorga una tutela más amplia a la persona humana”* (f. 1188), no habría de operar a favor de la mujer o niña que ha sido víctima de un acto antijurídico. En efecto, para comprender la dimensión del drama humano y del desgarramiento psíquico que conlleva todo abuso sexual con acceso carnal –con más razón si tiene como consecuencia un embarazo– bastaría con consultar, en los casos en que media denuncia de la víctima, las estadísticas sobre las periódicas actuaciones que se inician en la Unidad Judicial habilitada en el Polo de la Mujer y que continúan en las Fiscalías de Delitos contra la Integridad Sexual [\[147\]](#). Allí, profesionales especializados efectúan a las víctimas una entrevista de contención psicológica o de abordaje (por parte de psicólogos) y una revisión médica (genito-anal). Ante cada denuncia, además de ser informadas sobre las posibilidades de contención con las que cuentan, por lo general, son instadas a iniciar un tratamiento psicológico a raíz de la lesión psíquica que el delito, generalmente, les provoca; con más razón, cuando se trata de niñas. Precisamente, en este sentido, resulta oportuno recordar que, en el dictamen que presentó en la causa “F., A. L. ”, la Defensora General de la Nación se ocupó de destacar que, de acuerdo con la psicólogas del equipo técnico interdisciplinario que

había intervenido, *“los efectos del abuso infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña”*^[148]. Conviene aclarar que, en Córdoba, cuando las víctimas son niñas (menores de edad) o el delito es producto de una relación intrafamiliar, interviene el fuero de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar.

Recientemente, al justificar la constitucionalidad de la no punibilidad del aborto cuando la mujer fuera víctima de un abuso sexual con acceso carnal del que resultara encinta, el Tribunal Constitucional de Chile (TCCh) destacó la magnitud de esta tragedia en estos términos: *“Cualquier mujer que haya sido violada, y más encima embarazada producto de esa violación, tiene un trauma. Este podrá ser mayor o menor; pero no puede ser desconocido”*^[149]. En el mismo sentido, el TCChesgrimió: *“[S]e trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida. Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer”*^[150].

En definitiva, el tribunal *a quo* no brinda razones suficientes de por qué, ante la enormidad de un abuso sexual con acceso carnal del que resultara embarazada la mujer, el principio *pro homineno* debería jugar a favor de esta. Y no lo hace porque enanca la tesis del mayor énfasis en una lectura fragmentada, particularmente de los artículos 4 y 19 de la CP. El primero de ellos reza: *“Inviolabilidad de la persona. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona, son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos”*. Mientras tanto, el artículo 19, al catalogar los denominados “Derechos enumerados” de las personas, en el inciso 1 alude a *“[l]a vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal”*.

Como puede advertirse, sobre todo en el artículo 4, el énfasis está puesto en la inviolabilidad de la persona como un plexo indisociable que, teniendo a la vida como condición de fondo, comprende también la dignidad y la integridad física y moral de todo ser humano. Precisamente, como se ha dicho con anterioridad, cuando una mujer es sometida a violencia sexual el bien jurídico que se lacera o que se ataca, amén de la libertad de autodeterminación sexual, es la dignidad[151], además de la integridad física y moral o psicofísica y moral (como reza el art. 19, inc. 1). Y la Cámara no explica por qué, en su consideración, solo se queda con uno de los vectores del plexo, sin ponderar los otros, que también están alcanzados por el especial énfasis protectorio de los artículos 4 y 19, que indudablemente tejen una red constitucional que desborda la sola protección del *nasciturus*, como pretende el tribunal *a quo*.

En efecto, de acuerdo con uno de los constitucionalista e iusfilósofo argentino que más ha estudiado la cuestión, los derechos humanos fundamentales derivan de la combinación de tres principios: “*Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control*”[152].

Con independencia de que la cuestión volverá a ser abordada en el próximo acápite, resulta claro que los artículos 4 y 19 de la CP tienen como soporte el carácter moral del ser humano en función de su potencial capacidad autorreflexiva, y para perseguir o proyectar valores o posibles cursos de acción. Por ello, la autonomía desempeña un papel central, porque la persona es reconocida con aptitud para moldear su propia identidad sobre la base de creencias, ideales, principios, deseos, intereses, etc., con independencia de los otros (sean

particulares o poderes públicos) y, en función de aquellos, diseñar proyectos de vida. La Corte IDH lo ha sintetizado así: *“El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”*^[153]. De suyo que, en el marco normativo de la Constitución de Córdoba, este derecho a conformar sucesivos proyectos en el curso finito de una vida yace implícito en el propio artículo 19 (en conexión con el art. 20, referido a los derechos no enumerados), porque si a todas las personas se les reconoce el derecho “[a] elegir y ejercer su profesión, oficio o empleo” (art. 19, inc. 6), por ejemplo, tal cosa, indudablemente, no puede concebirse sin el previo reconocimiento de la posibilidad de programar autónomicamente la propia vida.

Como se ha visto, si el principio de autonomía se centra en el poder de autodeterminación y de decisión del sujeto moral, el principio de dignidad apunta a respetar lo que haga ese sujeto con esa esfera de libertad suya (y sola suya), siempre en el marco de lo permitido (art. 19, CN). Por ello, este postulado prescribe que *“los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones y manifestaciones de consentimiento”*, en tanto y en cuanto *“ellas sean constitutivas de su plan de vida, cualquiera que este sea”*^[154]. Pero esto, que parece tan básico, ¿qué significa? Implica lo siguiente: *“Nuestra dignidad como persona se ve menoscabada no sólo cuando nuestras decisiones son asimiladas, por ejemplo, a enfermedades, sino también cuando lo mismo ocurre con nuestras creencias y las opiniones que las expresan. Cuando alguien considera a unas y otras como objeto de tratamiento y no las pone en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones, tales como las que lo*

llevan a adoptar esa actitud hacia nosotros, sentimos que no nos trata como un igual al negarnos el status moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo”[155].

Como puede apreciarse, el constitucionalismo contemporáneo parte del principio indiscutido de la dignidad humana (como acontece con la Constitución de Córdoba) y, aunque resulta difícil determinar con exactitud qué derechos comprende, cuál es su significado y contenido específicos, resulta indudable lo siguiente: *“En la idea de dignidad descansan la gran mayoría de los derechos que nos protegen (...). Además, ampara otros como lo son el derecho a la libertad de pensamiento, libertad de desarrollo personal, etcétera. Desde esta perspectiva, la idea de dignidad opera como el fundamento de todo proyecto ético y obliga a un tratamiento especial para todos los seres humanos posibilitando que tengan esas potestades”[156].*

La dignidad de la persona humana, así como los derechos implícitos que se derivan de ella, se transforma entonces en el fundamento del orden político y de la paz social[157], y –como contrapartida- en obligación del Estado de no avasallarla, sino de todo lo contrario: tenerla en miras, como eje, en el momento de diseñar cualquier institución o de proyectar cualquier acción estatal (lo que incluye las prescripciones legislativas, las decisiones administrativas y las interpretaciones jurisdiccionales).

Por eso, la CSJN ha dicho: *“[L]a dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (Fallos, 314:424, 441/442, considerando 8°)”[158].* En la misma dirección se ha manifestado la Corte IDH: *“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”[159].*

En definitiva, en el caso que nos importa, la Cámara ha reducido la riqueza y la complejidad

que emanan de los artículos 4 y 19 al único énfasis de la defensa de la vida del no nacido, pero sin otorgar el mismo énfasis a la vida digna del ya nacido. Esto, al no haber considerado debidamente, por una parte, el daño irreversible a la autodeterminación –así como a la integridad psicofísica y moral- que supone un abuso sexual con acceso carnal del que resulta un embarazo no querido ni programado en función de un determinado proyecto de vida en marcha, cuando la víctima es una mujer madura, porque, si se trata de un niña, se la priva –incluso- de la posibilidad de proyectar; y, por otra parte, al no haber ponderado el daño a la autonomía y a la dignidad que volvería a fraguarse –en desmedro de las propias normas constitucionales provinciales invocadas- si a dichas mujeres se les excluyera el permiso excepcional de decidir llevar adelante (o no) la gestión producto de un acto antijurídico, que les concede el artículo 86, inciso 2, del Código Penal; con ello, la voluntad de las víctimas sería nuevamente obviada o sustituida (por una imposición externa), tal como ya habría acontecido al haber sido objeto del acto de violencia sexual.

c. Inadecuado control de convencionalidad

Hasta el momento se ha demostrado que la Cámara ha incurrido en una interpretación fragmentada y parcializada de los artículos 4, 19, inciso 1, y 59 de la CP, que desmembra y atomiza la complementariedad e interdependencia que debe mediar entre los derechos humanos fundamentales. Ahora nos encontramos en mejores condiciones para probar que, como consecuencia, luce inexacta la conclusión del tribunal *a quo* de que la interpretación propiciada de dichas normas “*pasasobradamente con éxito el control de constitucionalidad y convencionalidad, porque resulta armónica con el sistema normativo de protección de los derechos fundamentales del hombre, tanto a nivel de la Constitución Nacional, como de los tratados con jerarquía constitucional*” (f. 1188 vta.).

Para que esa conclusión fuera procedente, en su sentencia, la Cámara debería haber explicado –con razones suficientes- cómo sería posible armonizar la interpretación del “mayor énfasis” del derecho a la vida del *nasciturus*–en los términos de los artículos 4, 19

(inciso 1), y 59 de la CP- con la más flexible que surge del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la Argentina mediante la Ley n.º 23054, del año 1984 (esto es, tres años antes de la sanción de la Constitución provincial), y que goza de jerarquía constitucional desde 1994. Dicho artículo 4.1 reza: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general**, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*” (las negritas me pertenecen).

Precisamente, en 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete final de dicho tratado[\[160\]](#), especificó que la expresión “en general” fue añadida para conciliar las diferentes posiciones frente a la formulación absoluta que implicaba la locución “*desde el momento de la concepción*”. Esto, a raíz de que algunos países americanos –entre los que, precisamente, se encontraba la Argentina- contaban con legislaciones penales que posibilitaban que, en ciertas circunstancias, el aborto no fuera punible, lo que desembocó en la redacción del artículo 4.1 tal como se lo conoce actualmente y como ha sido reproducido más arriba[\[161\]](#).

En el mismo sentido, ya se había expedido con anterioridad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en 1981, al detallar el origen de dicho artículo, partiendo de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo 1, solo establece: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. En efecto, de acuerdo con la Comisión IDH, suscitó un largo debate la redacción del actual artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica (suscripta en 1968), hasta que finalmente pudo consensuarse un proyecto común, en el que aún figuraba como artículo 2 el que hoy es el 4.1.

La Comisión IDH, que participó en el proceso de redacción de la CADH, lo explicó en estos términos: “*Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de ‘desde el*

momento de la concepción’, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá [1948] sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras ‘en general’. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2.1: ‘Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción’”[162] (los subrayados pertenecen al texto original).

Por otra parte, no corresponde entrar en el debate sobre las diferencias que en materia de derecho internacional existen entre una reserva y una declaración interpretativa, cuestión a la que ya aludió la CSJN en la causa “F., A. L.” (considerando n.º 13 del voto en común). Esto, a propósito de la declaración interpretativa formulada por la Argentina en la Ley n.º 23849, respecto de que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) “*debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*”. Sea cual fuera la entidad que pueda asignarse a dicha declaración interpretativa, de ella no puede inferirse –como lo pretende la parte actora- que, por aplicación del principio *pro homine* a favor del por nacer, aquella trae aparejada la derogación de cualquier disposición interna de la Argentina que, causal de justificación mediante, volviera no punible alguna variante del aborto, como acontece con el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal. Sobre esta forma de leer el mencionado principio *pro homine*, de forma absoluta, rígida y apriorística, caben las mismas observaciones que ya se han efectuado respecto de la forma de razonar de la Cámara.

La mencionada declaración interpretativa concretada por la Argentina tampoco podría ser leída –y mucho menos- como una forma unilateral de derogar o de dejar sin efecto el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica o la excepción que introduce la locución “*en general*” a la previsión de que la vida está protegida “*desde la concepción*”. Esto, en virtud de

las reglas generales establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de la intangibilidad de los tratados; de que estos deben ser interpretados de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin (arts. 26 y 31); de que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno para evadir las obligaciones internacionales asumidas (art. 27), y fundamentalmente de que cualquier retiro o denuncia de un tratado debe efectuarse conforme al procedimiento fijado en dicha Convención de Viena (secciones tercera, cuarta y quinta).

De lo anteriormente dicho surge de forma incontrastable que los artículos 4, 19 y 59 de la Constitución de Córdoba deben interpretarse de forma tal que su aplicación resulte compatible y armónica con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás disposiciones que conforman el *corpus iuris* interamericano, sin que ello signifique desconocer la relevancia dada por el constituyente provincial a la defensa de la vida desde la concepción, en conexión y en pie de igualdad con la defensa de la integridad psicofísica y moral y la dignidad de las personas, como ya se ha dicho.

La búsqueda de una interpretación armonizadora surge de la propia Constitución provincial, que precisamente comienza el Capítulo Primero de la Sección Segunda, referido a los “Derechos personales”, con la siguiente premisa conceptual: “*Art. 18. Derechos. Definiciones. Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen*”.

Desde este punto de vista resultan absolutamente incompatibles con nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal –y, por ende, inconvencionales-, por una parte, la postulación de la parte actora de que la declaración interpretativa formulada por la Argentina por medio de la Ley n.º 23849 significa que “*las indicaciones para no punir el aborto*” han quedado “*derogadas para siempre*” (f. 105 vta.); y, por otra parte, la interpretación de la Cámara de que “el mayor énfasis” otorgado a la defensa de la vida del por nacer impediría al Estado provincial en toda circunstancia –es decir, para siempre- habilitar

cualquier programa sanitario que contemplara los permisos excepcionalísimos concedidos por la legislación penal federal a la mujer –para interrumpir la gestación-; particularmente, a aquella que hubiera resultado embarazada por haber sido víctima de un acto antijurídico (un abuso sexual con acceso carnal).

Ambas salidas resultan no convencionales en la medida en que clausuran definitivamente, de manera absoluta, la vía abierta por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para compatibilizar la defensa de la vida desde la concepción con la concurrencia de causales de justificación que demandaran priorizar excepcionalmente los derechos de la mujer a la salud, a la dignidad, a la integridad psicofísica y moral, así como a proyectar programas de vida, en atención a su condición de víctima de un acto antijurídico atentatorio de sus derechos humanos fundamentales.

Dichas interpretaciones (las propiciadas por la actora y por el tribunal *a quo*) vulnerarían el postulado sobre el que se asienta el orden público internacional, según el cual no pueden invocarse disposiciones de derecho interno “*como justificación del incumplimiento de un tratado*”, principio axial de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27). En el mismo sentido se levanta la cláusula federal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 28), en la medida en que, en el caso de los estados organizado federalmente (como la Argentina), las obligaciones internacionales asumidas comprenden a quienes conforman ese Estado federal (las provincias, en nuestro esquema), amén de que, eventualmente, la responsabilidad por los incumplimientos recayera en el Estado nacional. Igual previsión contiene el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también goza de jerarquía constitucional, en tanto establece que sus disposiciones “*serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna*” (art. 10).

En concordancia con lo anteriormente expresado, en virtud del artículo 1 del Pacto de San José de Costa Rica, sobre los estados partes (lo que comprende a las provincias por nuestra

organización federal) pesa la obligación general de “*respetar los derechos y libertades reconocidos*” en dicho tratado y de “*garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”. Esto implica la existencia de límites al ejercicio del poder estatal, en la medida en que, como ha sido dicho en la doctrina, ese valladar se erige en virtud de “*los derechos humanos, esferas individuales donde la función pública no puede penetrar; por lo tanto, los Estados, directa o indirectamente, no pueden violar estos atributos inherentes a la persona humana*”[\[163\]](#).

Por otra parte, el artículo 2 del mismo tratado internacional impone a los estados el denominado deber genérico de adecuación; esto es, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias “*para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. Y he aquí cuando esta prescripción se torna relevante para los jueces en términos de obligación de categoría constitucional aunque por vía de una fuente internacional (de acuerdo con el art. 75, inciso 22, CN), porque supone que, al interpretar y aplicar normas que versan sobre derechos y libertades protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica o de otros tratados internacionales, no pueden hacerlo de una forma que suponga la negación de aquellos. En ese sentido, algunos autores han señalado: “*A nuestro entender, entre esas medidas de ‘otro carácter’ distintas a las legislativas se hallan las sentencias de los tribunales de justicia, especialmente de los que actúan como tribunales constitucionales o como cortes superiores o supremas en cada estado*”[\[164\]](#). Es aquí donde cobra importancia el denominado “control difuso de convencionalidad”[\[165\]](#), que deben practicar todos los jueces de los estados que conforman el sistema interamericano –incluso de oficio– para asegurar que no haya violaciones a las disposiciones previstas en el Pacto, y que se transforma en una suerte de control preventivo tendiente a evitar la posterior responsabilidad internacional que pudiera caberle al Estado por la falta de adecuación de alguna práctica interna (comprensiva de los actos de cualquiera de sus poderes) con lo dispuesto por dicho tratado.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce el denominado control de

convencionalidad concentrado, propio o en sede internacional, desde su establecimiento (1979), el control de convencionalidad difuso, en sede nacional (esto es, en cada país), por parte de los jueces de los estados que conforman el sistema interamericano, se ha perfilado, generalizado y consolidado a partir de 2006, en virtud de los precedentes “Almonacid Arellano”[\[166\]](#) y “Trabajadores Cesados del Congreso”[\[167\]](#), que es donde comienza a ser definido en propiedad dicho instituto.

En definitiva, más allá de ser ejercido por la Corte IDH (en sede internacional) o por los jueces de los estados miembros (en sede nacional), dicho mecanismo puede ser definido así: “[C]ontrol de adecuación, que implica ‘un juicio de compatibilidad’, entre, por un lado, el derecho y las prácticas jurídicas internas (en relación a actos u omisiones emanadas de cualquiera de los órganos o poderes públicos estatales o subnacionales) y, por el otro, el contenido normativo de base convencional –fuentes internacionales- que obliga a los estados parte. Dicho control se ejerce por parte de instancias locales o supranacionales –con efectos diferenciados- pudiendo llegar a descalificar toda norma o práctica ‘inconvenional”’[\[168\]](#).

Desde el primer precedente anteriormente referido (“Almonacid Arellano”), la Corte IDH ha dejado sentado que, al efectuar el control de convencionalidad (difuso), “*el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (párrafo 124). En casos posteriores, dicho Tribunal precisó que, en consideración de que el Estado parte es uno solo (intangible) y en ese carácter contrae compromisos internacionales (como un ente único y con continuidad en el tiempo), el control de convencionalidad no solo supone examinar la compatibilidad de los actos de los departamentos ejecutivo y legislativo, sino también de las propias interpretaciones que efectuaran los jueces en virtud de ese deber general de adecuación al que también están obligados a raíz de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, la Corte IDH señaló: “*En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de*

convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso”[\[169\]](#).

En la misma dirección, de un modo más terminante aún y ya en relación con su competencia jurisdiccional contenciosa, que corre a la par de la consultiva, la Corte IDH reiteró: “*Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”*[\[170\]](#).

Como resulta evidente, la Cámara no ha desplegado un adecuado y completo control de convencionalidad, porque omitió mensurar las disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19, inciso 1, y 59) a la luz de todo el plexo emergente del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Para comenzar, no conjugó tales normas con el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función con los alcances que, en su carácter de intérprete final de dicho tratado, le asignó la Corte IDH en la causa “Artavia Murillo”: “*Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la*

Convención, el término ‘en general’ se relaciona con la expresión ‘a partir de la concepción’. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones”[171]

Al mismo tiempo, el tribunal *a quo* postuló la tesis del “mayor énfasis” del derecho a la vida del *nasciturus* sin haberla ponderado debidamente en conexión con los muchos otros que también están en juego y que conciernen a la niña o mujer embarazada como producto de haber sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal. Dichos derechos están protegidos por numerosas disposiciones de otros tratados internacionales de derechos humanos; a saber:

- 1) Derecho a la vida (art. 4.1 de la CADH; art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- 2) Derecho a la integridad personal (art. 5.1 de la CADH y art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).
- 3) Derecho a la dignidad (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11.1 de la CADH).
- 4) Derecho a la salud (art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y arts. 11.1, *f*, y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).
- 5) Derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- 6) Derecho a la libertad de conciencia (art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 de la CADH y art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos).

7) Derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva solo por su libre albedrío y consentimiento (art. 16, incisos *b* y *e*, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

8) Derecho a una vida privada, sin injerencias arbitrarias y abusivas (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11.2 de la CADH y art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

9) Derecho a vivir sin que medie violencia física, sexual ni psicológica (arts. 2 y concordantes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

10) Derecho a diseñar libremente un proyecto de vida (art. 31 de la CAHD, en conexión con los arts. 1.1 y 2 de la misma convención).

11) Derecho a ser oída en cualquier causa o instancia en la que se determinaran sus derechos y obligaciones (arts. 8.1 de la CADH; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) sin que pudiera imponérsele ninguna salida sin omitir su participación.

12) Derecho a que se dé prioridad al interés superior del niño o niña (arts. 3 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y a que se lo proteja (art. 19 de la CADH y art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

13) Derecho del niño o niña a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquello en que tenga interés (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

14) Derecho del niño o niña a la recuperación física y psicológica por haber sido víctima de abuso o de cualquier otra forma de trato inhumano, cruel o degradante (art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Como puede apreciarse de la anterior enumeración, muchos de los derechos referidos, como los que están en juego cuando el legislador le dispensa a la mujer la posibilidad de interrumpir

la gestación por haber sido víctima de un acto antijurídico, conciernen a los denominados “derechos personalísimos”. Algunos autores sostienen que, dentro de los derechos civiles, se encuentran los derechos de la persona en sí misma; esto es, a la vida, a la dignidad, al honor, a la salud, a la integridad física, a la intimidad, a practicar un culto, entre otros [\[172\]](#). En la misma dirección, otros juristas precisan que esta denominación es el nombre que, en clave civilística, se les da a los que “*en el lenguaje constitucional integran la constelación del ‘derecho a la privacidad’*” [\[173\]](#). De hecho, el Código Civil y Comercial (CCC) dedica el Capítulo Tercero, del Título Primero, del Libro Primero (parte general), a los “*Derechos y actos personalísimos*”.

Estos derechos, en definitiva, conforman un espacio de autonomía individual o coto vedado personal, que es intransferible, invulnerable, infranqueable e indisponible sin el consentimiento del titular; es decir, como lo ha dicho la CSJN, dicho ámbito recoleto supone un conjunto de acciones, hechos y datos que “*están reservados al propio individuo y cuya divulgación o conocimiento por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad*” [\[174\]](#). Precisamente por ello, de acuerdo con el artículo 55 del CCC, la disposición de un derecho personalísimo solo sería posible si no resultara contraria a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, y siempre que mediara el consentimiento del titular, que nunca puede ser presumido, al tiempo que este es revocable y de interpretación restrictiva.

Lo anterior refuerza la premisa de que, de antemano, no se pueden brindar respuestas absolutas respecto de derechos o situaciones que, por sus peculiaridades, son individuales e intransferibles. Esto implica que, si *a priori* ninguna norma jurídica puede disponer, prever ni sustituir las elecciones sexuales que puede efectuar una mujer, mucho menos podría hacerlo alguien que no fuera ella –y solo ella- si, habiendo sido privada de ese derecho personalísimo a la autodeterminación sexual, luego decidiera ejercer el derecho que le dispensa el legislador (práctica del aborto sin consecuencias penales), en atención a la peculiar violencia e ilicitud de la que ha sido objeto y en virtud de la cual ha quedado embarazada. Lo mismo vale para la

mujer que hiciera uso de este permiso en atención a que peligrara su vida o salud.

La Cámara no explica cómo sería posible conjugar la imposición de que el embarazo debería ser llevado a término forzosamente en todos los casos –como consecuencia de la tesis del “mayor énfasis” protectorio de la vida del por nacer- con el derecho personalísimo a diseñar la propia vida personal, reproductiva y familiar que le asiste a toda mujer (art. 16, en particular el inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina desde 1994). Todos estos derechos, además del reconocido por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, serían arrasados sin que mediara el consentimiento expreso de la titular, en abierta violación del artículo 55 del CCC, anteriormente citado, referido a las condiciones bajo las cuales es legítimamente posible disponer de los derechos personalísimos.

En la misma línea, dicha imposición –al margen de la posibilidad de decidir de la mujer- supondría una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de la damnificada (lo que está proscripto por el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), además de una confiscación del derecho de toda persona de ser oída en cualquier causa en la que se determinaran sus derechos y obligaciones (art. 8.1, CADH). Esto, por supuesto, cobra especial relevancia cuando la víctima de la violación es una niña, tal como lo establece -en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño- la Ley n.º 26061. En efecto, ninguna niña puede ser privada del derecho de “*participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquello que tenga interés*”, en función de su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (arts. 3, 24 y 27 de la Ley n.º 26061, y en el mismo sentido los artículos 3 y 27 de la Ley provincial n.º 9944). Por la misma vía, desconocer el derecho que el legislador expresamente les dispensa significaría volver a prescindir de la voluntad de la mujer que, en el momento de ser abusada, ya había sido cosificada y violentada al haber sido privada de su consentimiento. He aquí donde resulta imprescindible acudir a la advertencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos: “[U]n acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales”[\[175\]](#).

En la misma senda argumental, diluir nuevamente la libertad de elección de la víctima –negándole la opción que le brinda el legislador- colocaría al Estado provincial en contradicción con las obligaciones asumidas por la Argentina en virtud de sus compromisos internacionales. Por ello, precisamente, la Corte Interamericana postula que, entre otras cosas, debe brindarse “atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación”[\[176\]](#). Este deber de protección y de reparación integral cobra mayor relevancia si se trata de una niña (con más razón si se encuentra en situación de vulnerabilidad), tal como exigen los artículos 19.1 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A ello hay que sumar que también se pondría en entredicho lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como “Convención de Belém do Pará” (ratificada por la Argentina mediante la Ley n.º 24632), que, en su art. 2, define: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad

doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual". A su vez, la Ley n.º 26485, de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales", que es de orden público, postula "[el] derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia" (art. 2, b). Por ende, forzar a la mujer a llevar a término –sin su intransmisible consentimiento- el embarazo que es fruto de un abuso sexual con acceso carnal conspira contra el artículo 6, d, de la misma ley, en cuanto proscribire la "violencia contra la libertad reproductiva", esto es, "aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25673, de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable". Y el abuso sexual con acceso carnal es la máxima expresión de este tipo de violencia. Por eso mismo, algunos juristas, no obstante reconocer que el aborto plantea una guerra de absolutos (la vida contra la libertad), concluyen: "La violación es una de las formas más profundas de negación de la libertad, y obligar a una mujer a dar a luz al hijo de su violador es una agresión a su humanidad"[\[177\]](#).

Por otra parte, corresponde insistir en que todo lo relativo a derechos personalísimos, vinculados con la autodeterminación sexual, con la dignidad personal o con la proyección de planes de vida (individuales o familiares), solo compete –en lo que aquí importa- a la mujer víctima del abuso. De lo contrario, si se la releva de esa atribución de sopesar y decidir posibles cursos de acción sin interferencias, núcleo sin el cual no es concebible la autonomía personal, se correría el riesgo de caer en lo que algunos iusfilósofos han llamado perfeccionismo: "Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes que son objetivamente mejores"[\[178\]](#). Como puede advertirse, el perfeccionismo es

incompatible con la libertad, en la medida en que impone autoritativamente comportamientos y, así, minimiza el poder de decisión de las personas al prescindir de sus opciones, so pretexto de defender lo que, en teoría, sería mejor para ellas y que, por ende, por su supuesta valía, debería llevarse a cabo, aun a costa de sacrificar el querer, intereses, cosmovisiones, creencias, convicciones, proyectos, etc., de los propios interesados.

Si el perfeccionismo frustra el principio de autonomía, porque prescinde de los deseos y planes personales (esto es, el derecho a hacer sin interferencias arbitrarias), otro peligro se cierne cuando se ataca el principio de inviolabilidad de la persona (esto es, el derecho a que a uno no le hagan ciertas cosas, salvo que sea como producto de la imposición de una pena), que descansa en la máxima de que los seres humanos son fines en sí mismos y no medios [\[179\]](#). En otras palabras, el principio de inviolabilidad, del que se desprende el derecho a la integridad corporal, “*proscribe, entonces, imponer a las personas, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio*” [\[180\]](#). Por eso, con suma cautela, el artículo 17 del CCC establece: “*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*”.

En definitiva, al borde de tesis perfeccionistas, la conclusión de la Cámara solo es posible a costa de negar a la mujer cuya vida o salud está en peligro, situación que solo puede ser remediada por la interrupción del embarazo (art. 86, inciso 1, del Código Penal), y con mayor razón a la que ha sido víctima de un delito, los dos principios anteriormente referidos: por una parte, el de “autonomía”, que permite diseñar proyectos de vida según las propias convicciones; y, por otra parte, el de “inviolabilidad”, que prohíbe imponer sacrificios contra la voluntad de la damnificada (por un delito o por la gravedad de su estado de salud); esto, con más razón cuando la propia ley penal de fondo le concede la posibilidad de desplegar una conducta (interrumpir la gestación) sin consecuencias penales para ella y para el médico que

llevara adelante la práctica.

El TCCh, en la sentencia a la que ya se ha aludido con anterioridad, se pronunció en un sentido similar: “[L]a madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”^[181].

En este contexto cobra especialmente relevancia recordar que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal concede una suerte de “libertad negativa”; es decir, “el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad”^[182], en los casos en los que la maternidad es consecuencia de un hecho ilícito, hipótesis que es la que se viene tratando en esta causa. Esto resulta totalmente consistente con la concepción basal según la cual “[e]l derecho penal puede únicamente imponer un ‘no hacer’, es decir, prohibir comportamientos, y no imponer conductas y, todavía menos, opciones de vida”^[183].

En definitiva, luce evidente que el tribunal *a quono* ha efectuado un completo control de constitucionalidad y de convencionalidad entre la pluralidad de normas de diversa fuente (provincial, nacional e internacional) que estaban en juego con miras a lograr una adecuada resolución del presente caso en función de los delicados derechos fundamentales que se encontraban en colisión.

En virtud de las razones brindadas corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación, y de casación e inconstitucionalidad, planteados por la parte demandada y por la tercera, respectivamente, aunque solo en lo referido a los agravios orientados a la falta de fundamentación lógica de la sentencia bajo análisis, así como a que tal pronunciamiento conlleva una solución incongruente con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Como consecuencia, corresponde anular *in totum* la sentencia

n.º 38 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, de fecha 24 de mayo de 2013.

IV. LA RESOLUCIÓN N.º 93/12 ES INCONSTITUCIONAL POR HABER SIDO DICTADA POR UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO SIN COMPETENCIA PARA REGLAMENTAR DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LA ENTIDAD DE LOS QUE SE ENCUENTRAN EN JUEGO EN ESTE CASO

A raíz de la conclusión a la que se ha llegado en el punto anterior, en los términos del artículo 390 *in fine* del CPCC, corresponde dictar sentencia sustitutiva en función de los recursos de apelación formulados por las partes (la Provincia de Córdoba, fs. 862/871 vta.; la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, fs. 886/895, y la actora, la actora, fs. 897/930 vta.) contra la Sentencia n.º 259, fechada el 24 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.ª Nominación (fs. 665/861 vta.).

En ese sentido, corresponde que este Tribunal ingrese en el control de constitucionalidad y de convencionalidad de la Resolución n.º 93/12. Para ello, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

a. Marco general

Como surge del considerando anterior, el acogimiento parcial de los recursos de casación y de inconstitucionalidad solo tiene por efecto la anulación de la sentencia recurrida, pero no supone un juicio a favor de la constitucionalidad y convencionalidad de la Resolución n.º 93/12, del Ministerio de Salud, que establece la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Abortos No Punibles. Por el contrario, como se verá a continuación, dicho acto administrativo no supera tal test, en la medida en que supone una extralimitación de competencias y, por ende, un avance sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Legislativo, que es la de “[d]ictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu” (art. 104, inciso 1, CP).

Tal exceso, en tanto implica una evasión de las formas, procedimientos y del esquema mismo de división del poder estatal sobre el que se asienta la organización institucional provincial, basta para declarar la inconstitucionalidad de dicha resolución sin que sea necesario examinar el contenido sustantivo de la reglamentación.

Esta conclusión no supone poner en entredicho el permiso excepcional que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal concede a la mujer (en particular a la que ha quedado embarazada como fruto de un acto antijurídico) en virtud de la interpretación sentada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, pero la reglamentación de dicha atribución o, al menos, las bases sobre la que ella debería asentarse solo son posible por medio de **una ley en sentido formal y material**. Esto, dado el severo y trágico conflicto de intereses constitucionales que supone la posibilidad de interrumpir una gestación (siempre en el marco de las hipótesis restrictivas de abortos no punibles admitidas por la legislación penal de fondo), en la medida en que colisionan derechos humanos fundamentales, como se ha visto en el considerando anterior.

Como consecuencia, la argumentación se dirigirá a demostrar que resulta inexcusable la sanción de una ley para una reglamentación como la que está en juego, en atención a la pluralidad de derechos que se ponen en tensión cuando se demanda una práctica como la permitida por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

b. La guía vulnera el principio constitucional y convencional de que los derechos humanos fundamentales solo pueden ser reglamentados por medio de una ley en sentido material y formal

El artículo 104, inciso 1 de la CP reproduce un principio del constitucionalismo clásico según el cual los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de lo que se infiere que no hay derechos absolutos^[184]. Todo esto, en consonancia con los artículos 14 y 28 de la CN, el primero de los cuales, combinado con el artículo 75, reconoce esa atribución excluyente al Congreso nacional y el segundo le marca un límite infranqueable

a ese poder de configuración normativa: dicha regulación no puede alterar los principios, garantías y derechos constitucionalmente reconocidos.

En la misma dirección, el artículo 19 de la CP, en el momento de detallar los denominados “derechos enumerados”, algunos de los cuales están vinculados con esta causa (los derechos a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral, a la intimidad, entre otros), especifica que su goce dependerá de “*las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Por su parte, el artículo 59, conectado con la salud (también de suma importancia para esta causa), reafirma que la Provincia conserva el poder de policía “*en materia de legislación*”. Y el artículo 22 sienta como postulado la plena operatividad de los derechos y garantías constitucionales, “*salvo cuando sea imprescindible [una] reglamentación legal*”.

Un principio similar se desprende de los numerosos tratados internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, y que tienen pertinencia en la medida en que versan sobre los derechos en juego en estos autos. Así, al establecer en su artículo 2 el deber general de adecuación que pesa sobre los estados miembros, la CADH impone la exigencia de dictar “*las medidas legislativas*” que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Al mismo tiempo, cuando en el artículo 4.1, alude al derecho a la vida, especifica que su protección debe ser establecida “*por la ley*”. Esto, en consonancia con el axioma según el cual las restricciones permitidas “*al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos*” solo lo serán las fijadas “*conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual [aquellos] han sido establecidos*” (CADH, art. 30).

Previsiones similares, referidas a las “disposiciones legislativas” que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos, se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.2 y 6; este último, vinculado con el derecho a la vida), en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 3 y 6), en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 4 y 19, entre otros) y en la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 7, incisos *c, e, f y h*).

Tal es la importancia que la cuestión tiene que una de las primeras opiniones consultivas evacuada por la Corte IDH fue la n.º 6/86, referida a cómo debía entenderse la expresión “ley” en el artículo 30 de la Convención Americana, teniendo en cuenta que dicha cuestión resulta clave cuando de reglamentación o restricciones de derechos humanos fundamentales se trata. En dicha ocasión, la Corte IDH fue terminante al establecer que la ley en sentido formal y material era la mejor garantía para los derechos protegidos. Resulta pertinente recordar sus palabras: *“Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”* [\[185\]](#).

En dicha consulta, la Corte IDH se preocupó por aclarar que la expresión “leyes” no era “*sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter*

general” (párrafo 26). En la misma dirección –y en lo que aquí importa- concluyó: “[L]a expresión ‘leyes’, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párrafo 27, parte final).

Tres consecuencias se deducen de las definiciones precedentes:

1) Los derechos no pueden estar supeditados a las arbitrariedades y vaivenes del poder, razón por la cual la ley se erige como el instrumento jurídico más idóneo para dar estabilidad y previsibilidad a cualquier reglamentación de un derecho fundamental (con más razón cuando dicha regulación fuera en un sentido restrictivo). Desde este punto de vista, opera como una garantía, en consonancia con los principios de legalidad y de reserva de ley, por oposición a la mayor inestabilidad que significaría sujetar los derechos a un simple acto administrativo, lejos de la consolidación que demandan situaciones jurídicas en las que están en foco bienes de la máxima jerarquía constitucional.

En otras palabras, por ejemplo, todo lo relacionado con la vida, la libertad y la propiedad de las personas solo puede ser regulado por medio de una ley en sentido formal y material, de conformidad con los artículos 17, 18 y 19 de la CN, y con el resguardo que supone el principio de razonabilidad, en virtud del cual dicha regulación o reglamentación jamás puede alterar aquello que define estructuralmente a tales derechos (CN, art. 28).

2) La mediación de la ley tiene un sentido institucional: de respeto por los procedimientos, las formas y por el esquema de división del poder estatal (y de competencias) que supone todo orden constitucional republicano-democrático.

3) Posee un sentido político, que vincula los conceptos de legalidad y de legitimidad, en la medida en que la ley es producto del órgano en el que está mejor expresada la voluntad popular (con el debido respeto por las minorías) y en función de la premisa de que el pueblo no gobierna ni delibera, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la

Constitución (art. 22, CN, y art. 3, CP).

Conviene detenerse en el tercer sentido que acabamos de precisar porque el Poder Legislativo, además de su indiscutible carácter representativo, es el que, por su impronta preponderantemente deliberativa, asegura las mejores condiciones institucionales para una discusión amplia; con mayor razón cuando se trata de cuestiones vinculadas con la regulación o restricción de derechos fundamentales, lo que suele despertar sumo interés público y amplia repercusión social, como acontece con la problemática sustanciada en estos autos y tal como lo ha puesto de manifiesto el cerca de un centenar de *amicus curiae* que se presentaron a expresar su opinión sobre los derechos en colisión. Por eso algunos autores han destacado: “*No solamente el Congreso por su carácter colegiado actúa mediante discusión, sino que esa discusión (...) tiene un carácter público que hace que ella retroalimente el debate en el ámbito de la sociedad en general. Por otro lado, el carácter pluralista del Parlamento contribuye a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideología e intereses diferentes, cuando o bien no hay ninguno de ellos que tenga la mayoría necesaria para impulsarla por sí misma, o bien, cuando la intensidad del conflicto entre intereses contrapuestos o la profundidad de las reformas que deben encararse, requieren un consenso vasto*”[\[186\]](#).

En virtud de lo hasta ahora desarrollado surge con claridad que la necesidad de una ley (en sentido formal y material), para la reglamentación de los derechos fundamentales, es una exigencia constitucional (arts. 14, 19, 28 y 75, incisos 12 y 22, de la CN, entre otros; arts. 19, 59 y 104, inciso 1, de la CP, entre otros) y convencional que no puede ser soslayada, como ha acontecido con la resolución del Ministerio de Salud en debate, que no supera este test.

Sin entrar a considerar el contenido de la Resolución n.º 93/12, a continuación se verá que dicha reglamentación administrativa se llevó a cabo sin una habilitación legislativa previa y, al mismo tiempo, sin una justificación mínima del sentido de lo dispuesto y de la incidencia

que la regulación tendría en la esfera de los derechos constitucionales involucrados. Esta exigencia no puede faltar en ninguna norma general destinada a reglamentar derechos constitucionales de la máxima jerarquía.

Desde el primer punto de vista, la Resolución n.º 93/12 solo invoca como respaldo el segundo punto de la parte resolutive de la sentencia dictada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, que dispone: “*Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativas, **mediante normas del más alto nivel**, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual*” (el subrayado me pertenece).

Resulta llamativo que el propio Ministerio de Salud haya soslayado que, en la exhortación referida, que es la razón de ser misma de la Resolución n.º 93/12, la propia CSJN, concedora y garante de los tratados sobre derechos humanos y de su contenido, instó a que las provincias instrumentaran protocolos hospitalarios “*mediante normas del más alto nivel*”; esto es, leyes en sentido propio o, al menos, actos administrativos que tengan como soporte una ley. Y así lo han hecho otras provincias, como Chubut (Ley n.º 14/2010) o Chaco (Ley n.º 7064)[\[187\]](#) en el momento de dar un marco normativo a la práctica autorizada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Con solo leer los fundamentos de la resolución ministerial surge patente que la reglamentación emprendida no ha sido habilitada por una ley específica provincial, que en última instancia haya delegado en el Poder Ejecutivo la atribución de reglamentar el procedimiento para los casos de abortos no punibles contemplados por el artículo 86 del Código Penal. Esto prueba que dicho acto administrativo ha tenido como fuente exclusiva la exhortación dirigida por la CSJN que, entendida en propiedad, estaba orientada al órgano que en la organización constitucional provincial cuenta con competencia exclusiva para dictar las normas con alcances generales (leyes) que fueran necesarias para hacer efectivos derechos

consagrados por la Constitución (art. 104, inciso 1, CP), como los derechos a la vida, a la salud, a la integridad moral y psicofísica, a la dignidad, a la autodeterminación sexual y reproductiva, a diseñar programas de vida sin interferencias arbitrarias, a que se dé prioridad al interés superior del niño y, en el caso de los médicos, a la libertad de conciencia, entre otros. La sola enunciación de tal cantidad y complejidad de derechos evidencia que, por razones materiales, aquello que pretendía ser objeto de la guía en cuestión desborda con creces la competencia específica del Ministerio de Salud.

La extralimitación es tal que si se intentara encuadrar la Resolución n.º 93/12 en alguno de los tipos de reglamentos admitidos por la legislación vigente y por la doctrina no sería posible hacerlo. Los reglamentos son actos administrativos de carácter genérico y abstracto que expresan la voluntad de la Administración. Desde esta perspectiva pueden ser clasificados de la siguiente forma:

1) De ejecución o ejecutivos, que son aquellos dictados para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, siempre cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inciso 2, CN, y art. 144, inciso 2, CP) y con el fin de *“llenar o regular detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador”*[\[188\]](#). En este caso no es necesaria una habilitación legislativa previa y específica, pero sí la ley en particular que fuera necesario regular para cumplir con los fines previstos por el legislador. De esto se infiere como premisa insoslayable que ejecutar la ley no es dictar la ley[\[189\]](#).

2) Autónomos o independientes son los dictados en el marco de lo que algunos doctrinarios llaman zona de reserva de la Administración, que la habilita a esta a interpretar y a aplicar la Constitución en forma directa siempre que no invada atribuciones propias del Congreso o de la Legislatura, según se trate.

3) Delegados son aquellos en virtud de los cuales el Poder Ejecutivo (o un órgano de la Administración Pública), por medio de un acto administrativo de alcance general, regula

materias que son de la competencia del Congreso o de la Legislatura, pero tal cosa es posible porque media una delegación previamente acordada a través de una ley formal (art. 76, CN). En ese sentido, algunos autores han sostenido: *“El elemento esencial para la determinación del concepto de delegación legislativa y, consiguientemente, de reglamento delegado, es la existencia, o no, de la transferencia del ejercicio de la competencia legislativa, sea ella total, lisa, llana o incondicionada; sea, en cambio, limitada o circunscripta por límites de diverso alcance”*[\[190\]](#).

La resolución bajo análisis no puede ser encuadrada en ninguna de las tres especies referidas, porque no puede ser entendida como la ejecución o la delegación contenida en una ley específica, ni tampoco como el ejercicio de una zona autónoma propia y reservada a la Administración. En efecto, ya se ha dicho que la complejidad y la entidad de los derechos en juego trascienden con creces las atribuciones no ya solo del Ministerio de Salud sino las del propio Poder Ejecutivo en su conjunto.

La salud, uno de los derechos en tensión en esta causa, dadas sus implicancias sociales, constituye una materia respecto de la cual la Provincia de Córdoba ha conservado y reafirmado para sí *“la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud”* (art. 59, CP). Esto se materializa a través de la actividad desplegada tanto por el Poder Legislativo como por el Ejecutivo; en esta última hipótesis –muchas veces– en virtud de una delegación previa. Pero en el caso de estos autos hablamos estrictamente de lo primero (de poder de policía referido a la legislación), en la medida en que a dicho poder lo concebimos como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales; desde este punto de vista es una atribución normativa y reguladora que pertenece al órgano legislativo[\[191\]](#). Este es el test que no puede superar la Resolución n.º 93/12. Y la mayor prueba es que, como expresión del ejercicio de ese poder de policía, la Legislatura provincial ha sancionado numerosas normas generales vinculadas con la salud y, concretamente, con la cuestión que nos convoca en estos

autos: Ley del Ejercicio de las Profesiones y Actividades Relacionadas con la Salud Humana (Ley n.º 6222); Carta del Ciudadano (Ley n.º 8835); Garantías Saludables (Ley n.º 9133); Régimen de Intervenciones Quirúrgicas de Contracepción (Ley n.º 9344); Ley para la Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba (Ley n.º 9944), y Ley de Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo Provincial (Ley n.º 10029), entre otras.

La extralimitación es tal que la resolución prevé una guía de procedimiento para el acceso a la práctica contemplada por el artículo 86 del Código Penal haciendo caso omiso de la interdicción que pesa sobre los profesionales de la salud según la Ley n.º 6222, que regula el Ejercicio de las Profesiones y Actividades Relacionadas con la Salud Humana.

En efecto, de acuerdo con el artículo 7, inciso *d*, de la Ley n.º 6222 está vedado “[p]racticar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin”. Esta antinomia no queda subsanada por el hecho de que el artículo 3.1, *c*, de la guía reconozca a los médicos el derecho a hacer uso de la objeción de conciencia para no realizar la práctica solicitada (aborto), porque en el plano estricto de las fuentes siguen subsistiendo dos normas contradictorias: una de mayor rango, que proscribiera esta práctica (Ley n.º 6222), y una reglamentación administrativa que la posibilita. Esto podría generar confusión en los propios médicos que, aun no teniendo objeciones de conciencia que formular, podrían entender –con buenas razones– que la Ley n.º 6222 prevalece por sobre la Resolución n.º 93/12. En virtud del principio general del paralelismo de las formas, estas disonancias no pueden ser resueltas sino por medio de otra ley.

La conclusión trazada, de que urge la sanción de un marco normativo completo que armonice el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal y las disposiciones correspondientes de la Ley n.º 6222, todo en sintonía con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, explica por qué esta no es la oportunidad adecuada para atender al pedido de la tercera (Asociación Civil por el Derecho a Decidir) de que se declaren inconstitucionales los

artículos 5, inciso *b*, y 7, inciso *d*, de la Ley n.º 6222. Al Poder Legislativo, en virtud de competencias que le son propias (art. 104, inciso 1, CP), le corresponde establecer los ajustes normativos pertinentes con alcances generales.

Como consecuencia, partiendo de que la observancia de la esfera de la competencia propia es indispensable para la actuación válida de cualquier órgano estatal, en estos autos se advierte una extralimitación en el ejercicio de las atribuciones administrativas, con la consecuente invasión de una zona de competencia reservada al Poder Legislativo. Por este costado se vulnera el principio de legalidad y se rompe el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal provincial; ergo, la Resolución n.º 93/12 resulta incompatible con el esquema de división y de distribución de competencias que ordenan las constituciones nacional y provincial. Este, salvo en los casos expresamente previstos, prohíbe que un poder delegue en otro sus atribuciones constitucionales (art. 13, CP), lo que lleva implícito que también está proscripta la posibilidad de que un poder avance sobre las atribuciones conferidas a otro.

Además, cabe recordar que en Córdoba rige la denominada “Carta del ciudadano”, sancionada mediante la Ley n.º 8835. En virtud de dicha norma, el Estado provincial asumió como compromiso “[a]segurar la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, como así también en las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 1, *a*). Precisamente, para el cumplimiento de este objetivo se pone énfasis en la importancia de que medie una estricta “[s]eparación entre los roles estatales de planificación y adopción de políticas; de ejecución y prestación; de regulación; de control”, entre otros (art. 2, *d*). Justamente, la Resolución n.º 93/12, lejos de cumplir con este postulado, es fruto de la confusión y concentración de atribuciones de diferentes poderes en un mismo órgano administrativo; esto, en tanto el Ministerio de Salud se arroga la potestad de regular derechos fundamentales, pese a ser una competencia específica de otro poder del Estado provincial.

Todos los argumentos anteriormente desarrollados ratifican lo que sostiene un sector de la

doctrina, según el cual una razón de peso que justifica la legitimidad del control judicial de constitucionalidad es la necesidad de que alguien examine en primer lugar si la norma en cuestión se ajusta estrictamente al procedimiento democrático. En ese sentido, el examen debe comenzar por observar si se han dado las condiciones formales que establece la Constitución para que un órgano pueda dictar cierta norma jurídica. Esta mirada procedimental, cuando se trata de la reglamentación de derechos fundamentales, debe proyectarse además a verificar que dicha regulación -dictada por el órgano constitucional correspondiente- haya sido precedida por *“la existencia de un procedimiento de discusión amplio, en el que puedan participar todos los interesados en relativa igualdad de condiciones, y que esté centrado en valores y principios sociales intersubjetivos”*^[192]. Esto ratifica que el marco normativo que en Córdoba sienta las bases necesarias para habilitar el acceso a una práctica tan delicada –y urticante- como la posibilitada por el artículo 86 del Código Penal (incisos 1 y 2), dada la implicancia de los derechos en colisión, debe ser el fruto de un debate plural en el seno del órgano en el que está formal y políticamente representado el pueblo de la provincia en toda su diversidad ideológica e idiosincrática.

En consonancia con lo anterior, la reglamentación de derechos humanos fundamentales conlleva el problema añadido de cuáles son los límites que pesan sobre los poderes públicos en el momento de terminar de configurar derechos que, por su máxima jerarquía, anidan en el texto constitucional con la máxima generalidad. Precisamente, la regulación no puede ser tal que concluya alterando o desfigurando el propósito o el “espíritu” de tales derechos, como mandan en forma coincidente el artículo 28 de la CN, el artículo 104, inciso 1, de la CP y el artículo 30 de la CADH.

En otras palabras, se plantea la paradoja de que, por una parte, por su grado de generalidad e indeterminación, los derechos humanos fundamentales necesitan del poder configurador de la ley, porque en el texto constitucional no pueden estar detalladas minuciosamente las condiciones y requisitos para su aplicación, así como sus excepciones; pero, por otra parte, el

ejercicio de esa atribución configuradora no puede llevarse hasta el extremo de que, luego de esa reglamentación, el derecho luzca desconocido a la luz de la propia Constitución.

Como lo demuestra la intensidad de la discusión suscitada en esta causa, si la reglamentación de cualquier derecho resulta un problema urticante, con mayor razón cuando se trata de derechos humanos fundamentales que se caracterizan por su fuerza expansiva. Es, entonces, cuando cobra relevancia la necesidad de motivar y de justificar -sólida y debidamente- toda regulación, más aún la que fuera en un sentido restrictivo, para despejar cualquier duda sobre un posible exceso que tornara arbitraria la configuración legislativa.

Por ello, suele afirmarse que, en esta materia, rige una doble barrera protectoria en el siguiente sentido: “[T]oda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial del derecho”[\[193\]](#).

En la misma dirección conviene aclarar que, en el estado constitucional de derecho, la necesidad de una debida justificación no puede entenderse como una lesión a la atribución configuradora general de la que goza el legislador, porque la gradación (la jerarquía constitucional de los derechos en juego y que hay que reglamentar) viene dada por la propia Constitución. Por lo tanto: “[L]a comentada carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar derechos fundamentales parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos entendidos como principios y su origen tal vez pueda buscarse en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales”[\[194\]](#).

Una mera lectura de la Resolución n.º 93/12 basta para concluir que no supera mínimamente el test de la carga o plus de justificación que debe contener cualquier norma que suponga la reglamentación de derechos humanos fundamentales. En efecto, los escuetos fundamentos que preceden a la guía que fija el procedimiento se limitan a reproducir la exhortación

efectuado por la CSJN, así como también a enunciar normas constitucionales y las del Código Penal en juego. Pero sin que haya un desarrollo detenido sobre el marco que anima a la guía, sobre los presupuestos que se tuvieron en cuenta a la hora de incidir sobre derechos de tamaño intensidad como los que están en colisión o sobre los principios que sirvieron para el diseño (autonomía, privacidad, confidencialidad, etc.). Para poner un solo ejemplo, respecto de uno de los derechos en juego, el único fundamento esgrimido es este: *“Que asimismo debe dejarse a salvo el derecho de los profesionales médicos a hacer uso de la objeción de conciencia”* (cfr. los “considerando” de la Resolución n.º 93/12).

Las razones brindadas resultan suficientes para declarar la inconstitucionalidad y la inadecuación de la Resolución n.º 93/12 a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal por incumplimiento del postulado según el cual los derechos humanos fundamentales deben ser reglamentados por una ley en sentido formal y material.

En virtud de lo resuelto y siendo que el Poder Legislativo es al que le corresponde “[d]ictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos” (art. 104, inciso 1, CP), resulta forzoso concluir lo siguiente: a la Legislatura provincial le compete establecer el marco normativo necesario para efectivizar el acceso a la práctica contemplada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, teniendo en consideración los derechos humanos fundamentales en tensión, que no pueden ser obviados. En dicha oportunidad, el legislador también deberá efectuar los ajustes normativos que resultaran pertinentes para que la práctica permitida excepcionalmente por la ley penal de fondo guarde armonía con las disposiciones de la Ley n.º 6222 –sobre cuya constitucionalidad no resulta pertinente, posible, ni oportuno pronunciarse en esta ocasión e instancia-, en consonancia con las previsiones del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (incluida la Constitución provincial).

V. CONCLUSIÓN

En el marco de la atribución conferida por el artículo 390, *in fine*, del CPCC, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la parte actora y revocar íntegramente la Sentencia n.º 259, dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.ª Nominación (fs. 665/861 vta.), que había declarado la inconstitucionalidad únicamente del artículo 3.2.a (“declaración jurada”), del anexo 1, de la Resolución 93/12, del Ministerio de Salud de la Provincia.

Como consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por Portal de Belén, en cuanto peticionaba la declaración de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad íntegra de la Resolución n.º 93/12, aunque ello debe proceder por los motivos desarrollados -en las consideraciones precedentes- y que están relacionados con la extralimitación formal en que ha incurrido el Ministerio de Salud de la Provincia. Esto, dado que compete a la Legislatura (art. 104, inc. 1, CP) la atribución de dictar el marco normativo para garantizar la práctica prevista por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

En cambio, no puede prosperar el pedido de la actora de que se declare inconstitucional el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal. Esto, dado que el representante de Portal de Belén no ha esgrimido razonablemente ningún argumento ni circunstancia nueva que justifique semejante resolución o, siquiera, el apartamiento de lo sentado por la CSJN en la causa “F., A. L.”, siempre teniendo en miras la armonización y ponderación entre derechos fundamentales que debe buscarse, en el marco de nuestro bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal, tal como se ha fundado largamente en las consideraciones precedentes.

VI. COSTAS

En relación con las costas de todas las instancias, corresponde que sean impuestas por el orden causado en atención a la complejidad, a la magnitud de la cuestión debatida, así como por la tradicional discrepancia interpretativa que existía sobre la materia objeto de discusión (art. 130 del CPCC).

Así voto.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL VOCAL, DOCTOR JULIO
CEFERINO SÁNCHEZ TORRES, CONTESTÓ:**

Por los motivos expuestos, corresponde:

SE RESUELVE:

I. Admitir parcialmente los recursos, de casación interpuesto por la parte demandada (la Provincia de Córdoba), y de casación e inconstitucionalidad formulados por la tercera (Asociación Civil por el Derecho a Decidir), con relación al motivo previsto en el artículo 383, inciso 1, del CPCC, y como consecuencia anular en forma íntegra la Sentencia n.º 38, de fecha 21 de mayo de 2013, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba.

II. Por razones de economía procesal, procede dictar sentencia sustitutiva, en los términos del artículo 390 (*in fine*) del CPCC. En ese marco, corresponde hacer lugar en forma parcial a la acción de amparo promovida por Portal de Belén y declarar íntegramente inconstitucional e inaplicable la Resolución n.º 93/12, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, por haber trasvasado las competencias reconocidas por la Constitución de la Provincia al Poder Legislativo para dictar todas las leyes que fueran necesarias con el fin de hacer efectivos los derechos y garantías constitucionales reconocidos (art. 104, inciso 1, CP).

III. Imponer las costas de todas las instancias por el orden causado (art. 130 del CPCC).

Por las razones expuestas, atento al resultado de la votación a la que se ha llegado, y habiéndose expedido el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia, este Tribunal Superior de Justicia, por mayoría,

RESUELVE

I. Admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por la parte demandada (la Provincia de Córdoba) con relación al motivo previsto por el artículo 383, inciso 1, del CPCC, y revocar íntegramente la sentencia n.º 38, de fecha 21 de

mayo de 2013, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba.

II. Resolver sin reenvío, dictar sentencia sustitutiva (art. 390, *in fine*, del CPCC) y, como consecuencia, hacer lugar al recurso de apelación formulado por el Gobierno de la Provincia de Córdoba, revocar la Sentencia n.º 259 (fecha el 24 de agosto de 2012), dictada por el Juzgado Civil y Comercial de 30.^a Nominación, y rechazar la acción de amparo promovida por Portal de Belén.

III. Imponer las costas de todas las instancias por el orden causado (art. 130 del CPCC).

Procolócese, hágase saber, dese copia y bajen.-

[1] Comisión IDH, Resolución n.º 23/81, caso n.º 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981.

[2] Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012.

[3] Cfr. *Rules of the Supreme Court of the United States*, en vigor desde el 1 de julio de 2013; especialmente la número 37. El texto completo de las *rules* puede ser consultado aquí: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Fecha de búsqueda: 9 de octubre de 2017, verificada nuevamente el 6 de noviembre de 2018.

[4] Cfr. el art. 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 1 del Protocolo n.º 11.

[5] Cfr. el art. 44 del Reglamento de la Corte IDH, actualmente vigente, aprobado el 28 de noviembre de 2009.

[6] Courtis, Christian; “Sobre el *amicus curiae*”, en Gargarella, Roberto (coordinador); *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, t. I, p. 323.

[7] CSJN, Fallos, 211:162.

[8] Ackerman, Bruce, *La Constitución viviente*; Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 38.

- [9] Linares Quintana, Segundo V.; *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Bs. As., 1987, p. 95, §184.
- [10] CSJN, Fallos, 335:197.
- [11] Bidart Campos, Germán; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, nueva ed. ampl. y actual., Ediar, Bs. As., 2000, t. I-A, p. 737.
- [12] CSJN, Fallos, 332:111.
- [13] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, Astrea, Bs. As., 2007, p. 41.
- [14] CSJN, Fallos, 330:2800 (considerando n.º 10 del voto mayoritario).
- [15] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 80.
- [16] TSJ, en pleno, “Complejo Ambiental de Tratamiento, **Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros – Cuestión ambiental - Cuerpo de copias - Recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor José Antonio Caparroz en contra del Auto n.º 204, de fecha 31/5/17”, Auto n.º 115, 31 de octubre de 2017.**
- [17] García Pullés, Fernando R.; “Un nuevo concepto de ‘caso’ en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimiento administrativo (a partir de los fallos ‘Halabi’ y ‘Defensor del Pueblo’)”, LL (Suplemento Administrativo), Bs. As., 2010 (agosto), n.º 52.
- [18] Así lo llama Fernando R. García Pullés en el texto anteriormente citado.
- [19] Vargas, Abraham Luis; “La legitimación activa en los procesos colectivos”, en Oteiza, Eduardo (coordinador); *Procesos colectivos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 227
- [20] Cfr. *Federal Rules of Civil Procedures, Rule 23. Class Action.*
- [21] Vargas, Abraham Luis; “La legitimación activa en los procesos colectivos”, ob. cit., p. 241.
- [22] Jiménez, Eduardo P; “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el art. 43 de la Constitución nacional?”, LL, Bs. As., 2004-C-268.
- [23] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 86.
- [24] CSJN, Fallos, 338:1492 (considerando n.º 6).
- [25] Bidart Campos, Germán; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, ob. cit. p. 791.

[26] CSJN, Fallos, 325:292.

[27] CSJN, Fallos, 330:2800 (considerando n.º 5 del voto en común).

[28] CSJN, Fallos, 329:4593 (conf. el considerando n.º 12 del voto en disidencia de la jueza Carmen Argibay).

[29] TSJ, Secretaría Penal, Sentencia n.º 271, de fecha 19 de octubre de 2009, en la causa “Belluzo, Jorge Alberto y otros p. s. a. tráfico de medicamentos peligrosos para la salud, etc. – Recurso de casación”.

[30] Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Portal de Belén Asociación Civil c/Provincia de Córdoba. Amparo. Recurso de apelación (expte. n.º 1332494/36 o n.º 4766995, SAC Multifuero), Auto n.º 460, de fecha 22 de octubre de 2008.

[31] CSJN, Fallos, 340:1084 (considerando n.º 7).

[32] CSJN, Fallos, 335:197.

[33] Si bien el Código Penal refiere a mujer “idiota o demente”, según la terminología admisible a principios del siglo XX, a lo largo de esta sentencia se aludirá a “mujer con alteraciones mentales”.

[34] CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n.º 17 del voto en común de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

[35] Cfr. Villada, Jorge Luis; “Nuevos alcances legales en materia de delitos sexuales”, LL, Buenos Aires, 2017, n.º 97, t. C, p. 1 y 2.

[36] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3.^a reimpr., Astrea, Bs. As., 2005, p. 237.

[37] Basta con citar los trabajos de Néstor Pedro Sagüés (“Las sentencias constitucionales exhortativas”, en la Revista de Estudios Constitucionales, del Centro de Estudios Constitucionales, Chile, 2006, año 4, n.º 2, p. 189/202), y Gustavo Arballo (“VEMA: Un modelo de taxonomía para los ‘nuevos tipos’ de sentencias constitucionales en la Corte Suprema argentina”, en la Revista Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Bs. As., 2008, n.º 200, p. 117/150).

[38] Se trata del informe denominado “Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación, marzo 2015”, de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). El documento fue recuperado de la siguiente dirección: <file:///C:/Users/abel10695/Downloads/ADC-Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>. Fecha de consulta:

15 de agosto de 2017.

[39] De conformidad con los arts. 62.3, 64, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[40] Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012, párrafos 197, 199, 203 y 204 (voto mayoritario).

[41] Cfr. CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 6 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[42] Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 5.^a ed. ampl. y actual., LL, Bs. As., 2018, t. 1, p. 120.

[43] Cfr. TSJ de la CABA, causa “Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n.º 13918/16, 10 de octubre de 2018.

[44] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca; Lariguet, Guillermo; Martínez Zorrilla, David y Álvarez, Silvina; *Dilemas constitucionales: Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 11.

[45] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, ob. cit., p. 11.

[46] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, ob. cit., p. 11.

[47] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 13 y n.º 14 del voto de la jueza Argibay).

[48] Vanossi, Jorge Reinaldo A.; *Teoría constitucional*, 2.^a ed. actual., Depalma, Bs. As., año 2000, t. II, p.187.

[49] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 10 del voto del juez Enrique Santiago Petracchi).

[50] Dada la proliferación de casos de delitos contra la integridad sexual, por medio de la Instrucción General n.º 08/11, de la Fiscalía General de la Provincia, en la ciudad de Córdoba, fue puesta en funcionamiento la Fiscalía de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual del primer turno en el año 2011, y cinco años después, por medio de la Instrucción General n.º 06/16, fue conformada la fiscalía del segundo turno con idéntica competencia especializada.

[51] Cfr. CSJN, Fallos, 335:197, Dictamen de la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, p. 14.

[52] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo

de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N.º 9895-11”, párrafo centésimo séptimo del voto mayoritario.

[53] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, ant. cit., párrafo centésimo noveno del voto mayoritario.

[54] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 16 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[55] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 21 del voto en común firmado por los jueces anteriormente citados).

[56] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro; *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As., 2007, p. 634.

[57] Rosatti, Horacio; *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 201.

[58] CSJN, Fallos, 306:1892 (considerando n.º 8 del voto de los jueces Genaro R. Carrió y Carlos S. Fayt).

[59] CSJN, Fallos, 329:4593 (considerando n.º 12 del voto en disidencia de la jueza Argibay).

[60] Corte IDH, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), caso “Fernández Ortega y Otros vs. México”, 30 de agosto de 2010, párrafo 124 del voto en común de los jueces Diego García Sayán, Leonardo Franco, Manuel Ventura Robles, Margarette May Macaulay, Alberto Pérez Pérez, Rhadys Abreu Blondet y Eduardo Vio Grossi.

[61] Corte IDH, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), caso “Fernández Ortega y Otros vs. México”, 30 de agosto de 2010, párrafo 194 del voto en común de los jueces anteriormente citados.

[62] Tribe, Laurence H; *El aborto: guerra de absolutos*; Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012, p. 107.

[63] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2.^a ed. ampl. y revis., 2.^a reimpr., Astrea, Bs. As., 2007, p. 205.

[64] Kant, Immanuel; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*; Espasa-Calpe, Madrid, 1946, p. 87.

[65] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 239.

[66] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, ant. cit., párrafo cuadragésimo séptimo del voto mayoritario.

- [67] Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 163.
- [68] Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo*, ob. cit., p. 163.
- [69] CSJN, Fallos, 340:1084 (considerando n.º 4).
- [70] CSJN, Fallos, 325:292.
- [71] CSJN, Fallos, 340:1084 (considerando n.º 7).
- [72] Lorenzetti, Ricardo Luis; *Justicia colectiva*, 2.^a ed. ampl. y actual., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 221.
- [73] Cfr. Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 79.
- [74] Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, 5.^a reimpr., Ediar, Bs. As., 1998, t. I, p. 514.
- [75] Bidart Campos, Germán; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, ob. cit., p. 451.
- [76] Cfr. Fallos, 335:197 (considerando n.º 13 del voto de la jueza Carmen Argibay y considerando n.º 9 del voto del juez Enrique S. Petracchi).
- [77] Las disposiciones del mencionado acuerdo entraron en vigencia el 11 de junio de 2018, día de su publicación en el Boletín Oficial de la provincia.
- [78] Cfr. el art. 1 (parte final) de las “Reglas mínimas para la registración y tramitación de los procesos colectivos”, anexo II del Acuerdo Reglamentario n.º 1499, serie A.
- [79] Sagüés, Néstor Pedro; *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Bs. As., 2009, p. 438.
- [80] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 205.
- [81] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., pp. 190 y 191.
- [82] Salgado, José María; *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 59.
- [83] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 193.
- [84] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 192.
- [85] CSJN, Fallos, 335:397.
- [86] El voto fue suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

[87] Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8 de marzo de 2018, especialmente el párrafo 118.

[88] Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, ob. cit., p. 120.

[89] Corte IDH, Opinión Consultiva n.º 6, de fecha 9 de mayo de 1986, párrafo 22.

[90] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., pp. 531 y 532.

[91] Cfr. el informe denominado “Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación, marzo 2015”, de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). El documento fue recuperado de la siguiente dirección: <file:///C:/Users/abel10695/Downloads/ADC-Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2017.

[92] Marienhoff, Miguel; citado por Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1.^a ed., 1.^a reimpr., Bs. As., 2017, t. I, p. 43.

[93] Cfr. Marienhoff, Miguel; *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966, t. I, p. 120.

[94] Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., t. I, p. 45.

[95] Marienhoff, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, t. IV, p. 514.

[96] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., p. 692.

[97] Prieto Sanchís, Luis; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3.^a ed., Trotta, Madrid, 2014, p. 233.

[98] Prieto Sanchís; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 238.

[99] CSJN, Fallos, 340:1084 (considerando n.º 4).

[100] CSJN, Fallos, 325:292.

[101] CSJN, Fallos, 340:1084 (considerando n.º 7).

[102] Lorenzetti, Ricardo Luis; *Justicia colectiva*, ob. cit., p. 221.

- [103] Cfr. Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*; ob. cit., p. 79.
- [104] Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, ob. cit., p. 514.
- [105] Bidart Campos, Germán; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, ob. cit., p. 451.
- [106] Cfr. Fallos, 335:197 (considerando n.º 13 del voto de la jueza Argibay y considerando n.º 9 del voto del juez Petracchi).
- [107] Sagüés, Néstor Pedro; *Compendio de derecho procesal constitucional*, ob. cit., p. 438.
- [108] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 205.
- [109] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., pp. 190 y 191.
- [110] Salgado, José María; *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ob. cit., p. 59.
- [111] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*, ob. cit., p. 193.
- [112] Verbic, Francisco; *Procesos colectivos*; ob. cit., p. 192.
- [113] CSJN, Fallos, 335:197.
- [114] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 16 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).
- [115] Bidart Campos, Germán; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, ob. cit., p. 782.
- [116] Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, ob. cit., p. 206.
- [117] Bidart Campos, Germán; *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As., 2004, p. 92.
- [118] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, ob. cit., p. 11.
- [119] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, ob. cit., p. 11.
- [120] Zucca, Lorenzo; “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, ob. cit., p. 11.
- [121] CSJN, Fallos, 335:197 (considerandos n.º 13 y n.º 14 del voto de la jueza Argibay).
- [122] Vanossi, Jorge Reinaldo A.; *Teoría constitucional*, ob. cit., p. 187.

[123] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 24 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[124] Cfr. CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 17 del voto común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[125] Cfr. Villada, Jorge Luis; “Nuevos alcances legales en materia de delitos sexuales”, ob. cit., pp. 1 y 2.

[126] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., p. 237.

[127] Núñez, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal (parte general)*, 4.^a ed. actual. por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 221.

[128] Silvestroni, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito*, 2.^a ed. actual., Editores del Puerto, Bs. As., 2007, p. 397.

[129] Núñez, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal (parte general)*, ob. cit., p. 157.

[130] Donna, Edgardo Alberto; “La necesidad como base del aborto justificado y la reciente jurisprudencia sobre las eximentes”, en *Eximentes de la responsabilidad penal-I*, Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2006, p. 693.

[131] Núñez, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal (parte general)*, ob. cit., p. 153.

[132] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 16 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[133] Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, ob. cit., t. I, p. 120.

[134] CSJN, Fallos, 335:197 (considerando n.º 25 del voto en común de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

[135] Donna, Edgardo Alberto; “La necesidad como base del aborto justificado y la reciente jurisprudencia sobre las eximentes”, ob. cit., pp. 694 y 695.

[136] Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, 21 de mayo de 2013, párrafo 131.

[137] Cfr. Alexy, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 24/31.

[138] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 43.

[139] Alexy, Robert; *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Bs. As., 2008, p. 162.

[140] Prieto Sanchís, Luis; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 187.

[141] Prieto Sanchís, Luis; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 188.

[142] Corte IDH, Opinión Consultiva n.º 5, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 12, de la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante.

[143] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As. 2013, IV, 53.

[144] Abregú, Martín; “Introducción”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, p. 19.

[145] Drnas de Clément, Zlata; “La complejidad del principio *pro homine*”, *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 2015-I, fascículo n.º 12, p. 104.

[146] Rodríguez de Taborda, María Cristina; “La Convención de los Derechos del Niño en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de marzo de 2012. Una visión internacionalista”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. III, n.º 1, nueva serie II (2012), p. 146.

[147] Dada la proliferación de casos de delitos contra la integridad sexual, por medio de la Instrucción General n.º 08/11, de la Fiscalía General de la Provincia, en la ciudad de Córdoba, fue puesta en funcionamiento la Fiscalía de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual de Primer Turno en el año 2011, y cinco años después, por medio de la Instrucción General n.º 06/16, fue conformada la fiscalía del segundo turno con idéntica competencia especializada.

[148] Cfr. CSJN, Fallos, 335:197, Dictamen de la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, p. 14.

[149] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un

grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N.º 9895-11”, párrafo centésimo séptimo del voto mayoritario.

[150] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, ant. cit., párrafo centésimo noveno del voto mayoritario.

[151] Cfr. Villada, Jorge Luis; “Nuevos alcances legales en materia de delitos sexuales”, ob. cit., n.º 97, t. C, p. 1 y 2.

[152] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 46.

[153] Corte IDH, sentencia (reparaciones y costas), caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, 27 de noviembre de 1998, párrafo 148.

[154] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 287.

[155] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit. p. 289.

[156] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L.; *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Bs. As., 2012, t. II, vol. 2, p. 687.

[157] Así reza el art. 10.1 de la Constitución española.

[158] CSJN, Fallos, 327:3753 (considerando n.º 11). En el mismo sentido, Fallos, 314:424.

[159] Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Comunidad Indígena Yakye Axa”, 17 de junio de 2005, párrafo 162. En el mismo sentido, las sentencias dictadas en los casos “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” (2 de septiembre de 2004, párrafos 156 y 158), “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (25 de noviembre de 2003, párrafos 152 y 153) y “Niños de la calle” [Villagrán Morales y otros vs. Guatemala] (19 de noviembre de 1999, párrafo 144), entre otros.

[160] De conformidad con los arts. 62.3, 64, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[161] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012, párrafos 197, 199, 203 y 204 del voto de la mayoría.

[162] Comisión IDH, Resolución n.º 23/81, caso n.º 2141, “Estados Unidos de América”, 6 de marzo de 1981, párrafo 25.

[163] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L.; *Derecho internacional de los derechos humanos*, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 135.

[164] Bidart Campos, Germán; “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, citado por Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L.; *Derecho internacional de los derechos humanos*, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 250.

[165] Así lo denomina el mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor en “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, *Urbe et Ius*, vol. 1, n.º 14, 2014.

[166] Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006, párrafos 123 y 124.

[167] Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

[168] Olivero, Raúl Eduardo y Fernández, Yanina Verónica; “El control convencional (sistema interamericano)”, en Carnota, Walter F. y Maraniello, Patricio (directores); *Tratado de los tratados internacionales*, LL, Bs. As., 2011, t. 1, p. 387.

[169] Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “López Mendoza vs. Venezuela”, 1 de septiembre de 2011, párrafo 228. En el mismo sentido, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Atala Riffo vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 284.

[170] Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, 20 de noviembre de 2012, párrafo 330. En el mismo sentido, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Gómez Palomino vs. Perú”, 22 de noviembre de 2005, párrafo 94.

[171] Corte IDH, caso “Artavia Murillo y Otros (‘Fecundación *in vitro*’) vs. Costa Rica”, ant. cit., párrafo 188 del voto de la mayoría, entre otros.

[172] Sagüés, Néstor Pedro; *Manuel de derecho constitucional*, ob. cit., p. 634.

[173] Rosatti, Horacio; *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 201.

[174] CSJN, Fallos, 306:1892 (considerando n.º 8 del voto de los jueces Carrió y Fayt).

[175] Corte IDH, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), caso “Fernández Ortega y

Otros vs. México”, 30 de agosto de 2010, párrafo 124.

[176] Corte IDH, sentencia, caso “Fernández Ortega y Otros vs. México”, anter. cit., párrafo 194.

[177] Tribe, Laurence H; *El aborto: guerra de absolutos*, ob. cit., p. 107.

[178] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit. p. 205.

[179] Cfr. Kant, Immanuel; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 87.

[180] Nino, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 239.

[181] TCCh, sentencia del 28 de agosto de 2017, ant. cit., párrafo cuadragésimo séptimo del voto mayoritario.

[182] Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo*, ob. cit., p. 163.

[183] Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo*, ob. cit., p. 163.

[184] Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, ob. cit., p. 120.

[185] Corte IDH, Opinión Consultiva n.º 6, de fecha 9 de mayo de 1986, párrafo 22.

[186] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., pp. 531 y 532.

[187] Cfr. el informe denominado “Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación, marzo 2015”, de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). El documento fue recuperado de la siguiente dirección: <file:///C:/Users/abel10695/Downloads/ADC-Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2017.

[188] Marienhoff, Miguel; citado por Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., t. I, p. 43.

[189] Cfr. Marienhoff, Miguel; *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., t. I, p. 120.

[190] Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., t. I, p. 45.

[191] Marienhoff, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, t. IV, p. 514.

[192] Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., p. 692.

[193] Prieto Sanchís; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 233.

[194] Prieto Sanchís; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 238.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ZALAZAR, Claudia Elizabeth
VOCAL DE CAMARA

SANCHEZ, Julio Ceferino
VOCAL DE CAMARA

CHIAPERO, Silvana Maria
VOCAL DE CAMARA

LOPEZ SOLER, Francisco Ricardo
SECRETARIO/A T.S.J.