

## **Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ)**

### **DATOS DE LA CAUSA**

Sede: Ciudad de Córdoba.

Dependencia: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Trigésima Nominación.

Autos: Portal de Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo”, expediente n.º 2301032/36

Resolución: Sentencia n.º 259

Fecha: 24/08/2012.

Juez: Federico Ossola.

### **SÍNTESIS DE LA CAUSA**

La parte actora interpuso acción de amparo en contra de la Provincia de Córdoba a fin de que se declare la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que reglamenta una guía de atención a pacientes que solicitan la práctica de abortos no punibles y, en consecuencia, que se ordene a la demandada que se abstenga de aplicarla. Solicitó, asimismo, la inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal. El Tribunal de primera instancia acogió parcialmente la pretensión, sólo en torno a la reglamentación de la guía que prevé como único requisito la declaración jurada de la peticionante; y rechazó la solicitud de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal.

### **SUMARIO:**

**AMPARO COLECTIVO. LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL.** Asociaciones: Estatuto.

Tienen legitimación sustancial, en el marco de un amparo colectivo, las asociaciones habilitadas a defender -por sus funciones, objeto y finalidades detalladas en su estatuto- el derecho de incidencia colectiva que se invoca en la causa como sustento del pedido de intervención (y, por ende, fundante de su legitimación ad causam).

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE (259).-

Córdoba, VEINTICUATRO de AGOSTO de Dos Mil Doce. -

Y VISTOS. Estos autos caratulados PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA AMPARO EXPTE. N° 2301032/36 , INICIADOS EL 12/04/2012, traídos a despacho a los fines de resolver, de los que resulta que:

1.- A fs. 94/119 comparece el Dr. RODRIGO M. AGRELO, en su carácter de apoderado para pleitos de PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO. Señala que viene a promover ACCIÓN DE AMPARO en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y los arts. 48 y 53 de la Constitución de la Provincia de Córdoba; y la ley provincial de amparo, aplicable en tanto no se oponga a las disposiciones de las normas constitucionales mencionadas, en contra del ESTADO PROVINCIAL. Ello a fin de que -previo los trámites de ley-, V.S. declare la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 . Todo ello por violación del derecho de incidencia colectiva a la vida, con rango constitucional nacional y provincial, y conforme a las razones de hecho y de derecho, que expone.

Indica que el suscripto es competente para entender en la presente acción de amparo, en virtud del domicilio y personería jurídica de su representada, y de que la Resolución tachada de inconstitucional ha emanado del Ministro de Salud de la Provincia. La acción se dirige contra un acto lesivo ya ejecutado, según es de público conocimiento por información periodística que acompaña a la presente publicada por el Centro de Información Judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y contra el derecho fundamental a la vida desde el momento de la concepción -con rango constitucional-, de un colectivo indeterminado de personas humanas, ejecutado por el Ministro de Salud de la Provincia de Córdoba. -

Agrega que comparece en representación de PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO , la que en el artículo 2 de sus Estatutos Sociales, tiene entre sus fines generales: ..la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida, y el respeto a la dignidad de la persona desde el momento mismo de su concepción en su marco social, familiar e individual y en sus dimensiones espiritual, moral, intelectual, cultural, síquica, comunitaria, laboral, física y económica. Son sus fines en particular: a) Brindar en un marco de libertad, y mutuo respeto hacia la persona, apoyo integral a mujeres embarazadas, que se encuentren en situación de conflicto. b) Ayudar, apoyar y brindar asistencia integral a mujeres 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... .

En cumplimiento de tales objetivos, ya en 1991, se conformó el grupo Portal de Belén, habiéndose obtenido la personería jurídica en 1995. Desde 1991, la institución comenzó a poner en funcionamiento hogares-albergues, para cobijar a mujeres solas que no tenían

ningún apoyo para cumplir su función maternal. Se han albergado en sus cinco casas más de cuatro mil personas, y han nacido bajo su amparo, centenares de niños. Han prestado -y seguirán prestando- apoyo a las situaciones más difíciles que una mujer puede sufrir, cual es la maternidad en soledad, la violencia doméstica, la expulsión del hogar, etc. Por todo ello, su representada reúne los requisitos formales y sustanciales que se desprenden del art. 43, 2º párrafo de la C.N., al decir podrán interponer esta acción... en lo relativo... a los derechos de incidencia colectiva... las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización . No habiendo sido reglamentado este artículo, la jurisprudencia es pacífica en considerar que bastan la personería jurídica, y la defensa comprometida del derecho en cuestión, como formando parte del objeto de la institución. Cita jurisprudencia. En el ámbito provincial, a tenor del art. 53 de nuestra Carta Magna, toda persona -también las jurídicas-, quedan habilitadas para la protección de los intereses difusos , reconocidos en la misma. Por ende su legitimación procesal y sustancial están debidamente acreditadas. -

En cuanto al efecto erga omnes de los amparos interpuestos en virtud del art. 43 C.N., destaca el leading case Portal de Belén , que comentará. La naturaleza del derecho lesionado: la inviolabilidad de la vida de toda persona por nacer, que constituye un número indeterminado de personas. Además, quien atenta contra dicha garantía constitucional es, precisamente su propio representante legal la madre-; y quien les quita la vida es el propio ESTADO PROVINCIAL, a través de algunos de sus agentes. Tales realidades imponen, necesariamente, el efecto erga omnes de la presente acción de amparo.-

Agrega que el amparo es una vía excepcional que procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (art. 43, C.N.) o, lo que es lo mismo, cuando no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño (art. 48 Constitución Provincial). Cuando se trata de la defensa de derechos de incidencia colectiva, la única vía idónea es el amparo; pues es la única que permite obtener sentencias oponibles erga omnes. Y ello por la sencilla razón que, en los juicios de conocimiento, sólo puede accionar quien tiene un interés personal legítimo. Y en este caso peculiar, la persona por nacer no puede actuar por sí, sino que debe hacerlo a través de su representante legal, y es precisamente su propio representante legal la madre-, quien pretende quitarle la vida. Por ende, no hay otro medio judicial más idóneo ni menos idóneo-; sencillamente no hay otro camino procesal, para obtener el resultado por el que aquí se acciona. Si no se habilita en la especie la vía del amparo, por aplicación de la Resolución aquí atacada, serán matados millares de niños. Por eso bien ha dicho la C.S.J.N. que, cuando se atenta contra la vida del nasciturus, Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros) (in re: Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo , Considerando 10.-

El art. 2º, inc. e, de la Ley Provincial de amparo prescribe que el plazo de 15 días hábiles para interponer la acción de amparo corre a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse . En este caso la Resolución lleva fecha 30 de marzo de 2.012 y, aunque ignora si se ha publicado o no en el Boletín Oficial de la Provincia, dicho plazo no se ha cumplido; por lo que la presenta acción ha sido presentada en tiempo oportuno.-

Indica que el derecho lesionado es la inviolabilidad de la persona por nacer. Con relación a la inviolabilidad de la vida de todo ser humano desde el momento de su concepción , esta

garantía constitucional es vulnerada por la totalidad de la llamada Guía de Procedimientos para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles , pues su único objetivo es provocar el homicidio prenatal del hijo de la gestante peticionante de la muerte por sí o por sus representantes legales-. Es tan brutal la violación del derecho a la vida del nasciturus que la Guía prescribe: Toda decisión que tome el médico tratante se basará exclusivamente en la situación de la mujer encinta (art. 2.h)., en abierta violación del art. 3ro de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño que establece claramente que ... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es al interés superior del niño... . Este principio también está reflejado en los arts. 2 y 3ro de la ley 26.061. Se llega a una situación tan absurda, que se obliga a los agentes de salud provinciales a matar un número indeterminado de personas por nacer, bajo amenaza de que la dilación injustificada por parte de los profesionales de la salud y/o las autoridades hospitalarias, importan conductas sujetas a responsabilidad administrativa, civil y/o penal (sic, art. 2.1 del Anexo 1). -

Que los derechos constitucionales -en principio-, no son absolutos, sino que deben ser ejercidos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Límite que es también aplicable a los derechos emergentes de los tratados de derechos humanos. Esta es la regla general. Como ha resuelto la C.S.J.N., el principio pro homine ... informa todo el derecho de los derechos humanos . Cuando se trata de niños, el principio se denomina también favor minoris o interés superior del niño . Ello es así, porque en los tratados internacionales bilaterales, se regulan los derechos y obligaciones de los Estados entre sí. En cambio, en los pactos relativos a derechos humanos, sus cláusulas están redactadas para proteger a todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales -es decir aquéllos inherentes a su común condición y dignidad humanas-; precisamente frente a la acción u omisión del propio Estado. Así lo dispone con claridad el preámbulo de una de dichas convenciones: los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos . Por ello, en virtud del principio pro homine, una disposición ha de ser interpretada en el sentido de brindar a las personas una mejor y máxima protección ; o, lo que es lo mismo: se ha reconocido que el método de interpretación del derecho debe tener en cuenta el interés del ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales, como lo que constituye el objeto y fin de las convenciones, antes que el interés directo de los Estados . Reconocida la existencia y alcance del principio pro homine, es necesario estudiar cómo se aplica dicho principio. -

El mencionado principio liminar se aplica mediante tres reglas básicas: a) la primacía de la norma más favorable a la protección de la persona física; b) la conservación de la norma más favorable al ser humano; y e) la aplicación tutelar de las normas.-

Primacía de la norma más favorable a la protección de la persona física. Uno de dichos tratados prescribe que: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los

3 Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; e) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano... . Vale decir que, en el supuesto de discrepancia entre diversas normas aplicables a un caso de derechos humanos, tanto sea de normas internacionales como internas de un país, y cualquiera fuera el rango de las normas en cuestión; la aplicación del principio pro homine o 'favor Minoris' o interés superior del niño , implica que la norma aplicable al caso, es aquella que brinde una tutela mayor a la persona humana, al margen de la jerarquía normativa, y de si es una norma internacional o del derecho interno. Ello es así, porque en materia de derechos humanos, el principio pro homine tiene primacía, con relación a la jerarquía normativa.

Progresividad o conservación de la norma más favorable al ser humano. En este caso, el principio general del derecho que cede -frente al principio pro homine-, es el que prescribe que la ley posterior deroga a la anterior. Es decir que ninguna norma jurídica posterior -cualquiera sea su jerarquía-, podría derogar o hacer inaplicable un derecho humano -o un aspecto del mismo-, reconocido en una norma anterior. En tal sentido, se ha dicho que esto ocurre ... cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. A diferencia de la regla anterior, en este caso se ingresa en el terreno de la temporalidad . Este principio ha sido recogido convencionalmente -aunque de manera incompleta-, por la Convención Americana, al prescribir: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza .

Aplicación tutelar de las normas. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin . Ahora bien, como ya lo hemos visto de la mano de Pedro Nikken, el objeto y fin de toda convención internacional de derechos humanos, es la protección de todas las personas físicas. Por tanto, en caso de duda, el juez debe interpretar la norma aplicable al caso, del modo que mejor tutele al ser humano concreto. -

Normas de interpretación de los tratados internacionales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los tratados internacionales de derechos humanos no pueden interpretarse de cualquier modo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus arts. 31 y 32, establece los principios de interpretación generales de toda convención internacional, que se aplican luego de los específicos de derechos humanos. En el art. 31 se detallan los principios generales de interpretación, y en el art. 32 los principios aplicables en particular. La norma jurídica internacional establece una jerarquía absoluta, de modo que cualquier tema que puede resolverse por un principio general, excluye a todos los principios particulares. Además, hay también un orden de prelación excluyente, entre cada principio general de modo que lo resuelto por el primer principio, descarta definitivamente a los posteriores, y así sucesivamente-; y lo mismo ocurre con los principios particulares. El primer principio general interpretativo es: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin . Es decir que se otorga prioridad absoluta a la literalidad de la norma, atendiendo fundamentalmente al laconismo de las convenciones internacionales, y al uso de términos del lenguaje común en la redacción de dichos pactos. En este orden de ideas, ha resuelto la C.S.J.N. que 'resultan aplicables las pautas de hermenéutica que

establecen que es adecuado, en principio, dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, o bien el sentido más obvio al entendimiento común (caso Toso).-

Imposibilidad jurídica del supuesto derecho al aborto. Basta para llegar a esa conclusión, con hacer un breve análisis -sistemático y armónico-, de las normas de los tratados de derechos humanos involucradas en la materia. En efecto, prescriben los textos de derechos humanos, que persona es todo ser humano y toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.2 y 3, respectivamente). Por otra parte, Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica y, además, toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole o cualquier otra condición (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 6 y 2, respectivamente). Más específicamente aún, está prescripto que Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente del nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Además, es obligatorio que En todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales, las autoridades administrativas... una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Por tanto, para el derecho de los derechos humanos, que rige con rango constitucional en la Argentina, todo individuo perteneciente a la especie humana es persona, y ninguna condición como podría serlo el haber nacido ya-, puede restringir sus derechos humanos. Y, aún más concretamente, ninguna condición del niño, como ser su vida intrauterina; ni las de su madre estar enferma, en peligro de muerte o haber sido violada-, pueden restringir ningún derecho humano del nasciturus. Y el señero entre esos derechos humanos, es la inviolabilidad de la vida humana. Donde la ley no distingue, no es lícito distinguir. Los derechos humanos son universales; esto es, para todos por igual, en todo tiempo y en todo lugar. El vocablo todos incluye -aunque sea una tautología-, precisamente a todos : madres, padres, hijos, abuelos, nietos, por nacer o ya nacidos. Todos los individuos pertenecientes a la especie humana tenemos, no sólo idénticos derechos humanos; sino que además, los poseemos con idéntica intensidad. De lo contrario, estaríamos admitiendo una regresión a ominosas épocas pretéritas, donde se distinguía entre: ciudadanos, hombres libres y esclavos; señores y siervos de la gleba; hombres blancos y negros; arios, judíos o gitanos; etc. El derecho de los derechos humanos, nació frente a los campos de concentración, bombardeos de exterminio, y demás horrores de la Segunda Guerra Mundial. Su postulado liminar fue levantar en alto, la bandera de la igualdad radical frente a las normas jurídicas fundamentales, de todos los humanos sin distinción de ningún tipo. No se puede sostener -sin violar el primer principio de la lógica-, que los derechos humanos de la mujer encinta sean mayores o más intensos, que los de la persona que porta en su seno; cuando la Convención sobre los Derechos del Niño veda expresamente tal posibilidad. El principio de no contradicción dice que no se puede ser y no ser a la vez, y respecto de lo mismo. Si todos los cordobeses -desde el momento de su concepción-, tienen los mismos derechos humanos, sin distinción del nacimiento ni ninguna otra condición del niño, sus padres o sus representantes legales; es jurídicamente insostenible, que la madre pudiera tener derechos más intensos, que los de la persona por nacer que alberga en su útero. A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del

Estado de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Instituto Reeducación del Menor, párrafo 161). Esto implica que, en el caso que nos ocupa, ante la disyuntiva de tener que optar por restringir un derecho, nunca podrá ser el del niño no nacido. Por otra parte, el aborto no restringe el derecho a la vida del menor, sino que lo aniquila definitivamente; al contrario de lo que se puede lograr, con un poco de buena voluntad y la legislación adecuada, respecto a los derechos de la mujer embarazada. -

Falacias del fallo de la C.S.J.N. El voto mayoritario intenta sortear este obstáculo insalvable, mencionando que el Comité sobre los Derechos del Niño... ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño... Argentina. 21/06/10 CRCIC/ARG/C013-4) y más adelante, sosteniendo que la declaración interpretativa de la República Argentina, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción, no sería una reserva en el sentido del art. 2 de la Convención de Viena (Considerando 13). La argumentación es pueril. En efecto: El Comité sobre los Derechos del Niño está compuesto por personas que carecen de idoneidad en materia jurídica (art. 43, inc. 2 de la Convención), y sus únicas funciones en lo que nos puede interesar son: El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los arts. 44 y 45 (art. 45, inc. d, Convención sobre los Derechos del Niño). Va de suyo que sus sugerencias y recomendaciones no son más que eso: simples opiniones. No son vinculantes jurídicamente, y desconocerlas no puede generar ninguna responsabilidad internacional para la República Argentina. Además, tales sugerencias mucho menos aún podrían condicionar las normas jurídicas constitucionales y legales, emanadas de los legítimos representantes del pueblo argentino. Lo contrario, es decir la tesis del voto mayoritario, implicaría que el ordenamiento jurídico nacional fundamental, será decidido por un grupo de personas del extranjero de un organismo internacional que además-, carecen del mínimo conocimiento del derecho argentino (sic). Tal apreciación es improponible por absurda. Además que paradójico, absolutamente paradójico y casi tragicómico, que se sea precisamente el Comité de los Derechos del Niño, quien pretenda dar las bases jurídicas para la destrucción de los niños no nacidos en la Argentina, lo que es de una confusión superlativa. Los niños no nacidos están protegidos en el preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, párrafo noveno, cuando se expresa que ... el niño por su falta de madurez física y mental necesita de protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Parece insólito que en nada de esto haya sido considerado por las autoridades del Ministerio de Salud, cuando escribieron la Guía. Además de lo anterior, la Comisión de Derecho Internacional, emanada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, resolvió que el régimen jurídico de las reservas es aplicable a las declaraciones interpretativas (Comisión de Derecho Internacional, 51 Período de Sesiones, 3 de mayo al 23 de julio de 1999, Nueva York, 1999, Editorial Naciones Unidas, p. 194). Por tanto, la declaración interpretativa de la Republica Argentina, sobre el art. 1ro de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, (ley 26.061), según la cual a los efectos de la Convención se es niño desde el momento de su concepción, es jurídicamente válida para el derecho interno argentino, como es plenamente válida la afirmación del art. 6to de la misma Convención cuando dice claramente que los ...Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida... . Ahora bien, al tener la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, plena validez jurídica en el

derecho interno, con la reserva interpretativa al art. 1ro, y con dicho alcance fue aceptado por la comunidad internacional-, los jueces están obligados a aplicar dicha declaración interpretativa, pues forma parte de las condiciones de vigencia del mencionado tratado de derechos humanos (art. 75, inc. 22 C.N.), estándole vedada su elusión. Por tanto el derecho a la vida de todo niño argentino comienza desde su concepción . Y, como hemos visto, el derecho a la vida es absoluto para todo niño, según se desprende del art. 6to de la Convención cuando establece: 1) Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y 2) Los Estados Partes garantizan en la máxima medida posible la supervivencia del niño. La Convención de los Derechos del Niño, es posterior a la Convención Americana de Derechos Humanos, y además es específica sobre los derechos de la infancia, y en su art. 6to no dice que la protección del derecho a la vida sea en general para algunos niños, sino para todos , claramente para todos , algo que el Ministro de Salud de la provincia no advirtió cuando estableció en contra de todo el sistema jurídico de la Nación , que ...Toda decisión que tome el médico tratante se basará desde la óptica de la salud, exclusivamente en la situación de la mujer encinta . Un verdadero disparate que no es gratis, traerá niños inocentes muertos. Que cuando Argentina ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se privilegió un a consideración primordial a que se atenderá a su interés superior. Este principio también está reflejado en los arts. 2 y 3ro de la ley 26.061. Luego de la operatividad de esta norma constitucional e internacional, el art. 86, segunda parte, del Código Penal se había transformado en un papel inerte carente de sentido, lo que no comprendió la Corte ni el Ministro de Salud de Córdoba. La conclusión de todo lo dicho es obvia: desde el punto de vista jurídico resulta inadmisibles hablar de un supuesto derecho al aborto. Nadie tiene derecho a matar a otro ser humano. Mucho menos la madre a su propio hijo, en condiciones de absoluta indefensión y utilizando para ello los procedimientos crueles de todo abortero. Tampoco puede aceptarse que hayan otras formas excepcionales de aborto procurado, es decir que lo buscado directamente es la destrucción del niño, algo muy distinto al aborto indirecto, éticamente irreprochable, donde a consecuencia de una intervención sobre la mujer, se produce por efecto indirecto un aborto. Cuando Argentina ratificó la Convención internacional Sobre los Derechos del Niño, y más aún, cuando le otorgó jerarquía constitucional en 1994, el art. 86 del C. Penal que ya venía languideciendo, terminó de regir. En 1994, aún subsistían en el C. Penal dos causales de no punición del aborto: El aborto terapéutico y el aborto eugenésico . El aborto sentimental es decir la violación de una mujer sana había sido derogado en 1984, extremo que el Ministerio de Salud de la Provincia parece desconocer.

No obstante lo anterior, analiza estos supuestos para advertir si hay algún caso o supuesto de aborto que pudiera no ser punido. O, dicho de otra manera, si en el derecho de los derechos humanos existe alguna posibilidad de ponderar algún derecho de la gestante por ejemplo el derecho a la salud o a su integridad sexual vulnerada por violación-, como superior al derecho a la vida de la persona por nacer. -

La tutela de los derechos a la vida desde el momento de su concepción y a la salud, en los tratados internacionales de derechos humanos. Tomemos los supuestos de no punibilidad del aborto basados en el peligro para la vida o la salud de la madre (terapéutico); o que una mujer débil mental haya quedado embarazada como producto de una violación (eugenésico) arts. 86 incs. 1 y 2, respectivamente, del C. Penal-. En tales casos estarían en pugna dos derechos humanos: la tutela de la vida de la persona por nacer, y la protección de la salud de la madre y/o la eugenesia de la especie. No trata expresamente ahora el aborto sentimental es decir

cuando la mujer violada está en plena capacidad mental, porque esa figura fue alejada expresamente del sistema jurídico nacional en 1984, mediante la sanción de la ley nacional 23.077, que deroga la ley 21.338 que incorporaba el aborto sentimental. Antes había existido el aborto sentimental por la sanción de la ley 17.567, pero también derogado por la ley 20.509.

Los textos relativos al derecho a la vida del nasciturus, relacionados específicamente con el llamado aborto no punible, son los siguientes: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente; 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, y Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de ... el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales; En todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales, las autoridades administrativas ... una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Finalmente, otro de los tratados de derechos humanos prevé la suspensión de algunos de ellos en caso de guerra. Sin embargo, La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 4 (Derecho a la vida) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, inc. 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4, inc. 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, inc. 2. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, inc. 1. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, inc. 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27, incs. 1 y 2). Vale decir que la tutela del derecho a la vida no puede suspenderse ni aún en caso de guerra; y, además, debe subsistir también la garantía judicial del mismo.

Por otra parte, los textos relativos al derecho a la salud de la madre, son los siguientes: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad; Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, inc. 1).

Este es el plexo normativo de los tratados de derechos humanos, en la materia que nos ocupa. Nos toca ahora su interpretación.

Pauta hermenéutica general aplicable a los derechos humanos. Su armonización: La C.S.J.N. tiene resuelto que: la máxima interpretativa que establece que los derechos constitucionales en juego deben armonizarse, tal como la Corte lo señaló en el caso 'Portillo', al precisar que la interpretación de la Constitución Nacional no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente; antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de las partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental. En sentido similar ha

dicho: La Constitución debe ser estudiada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás 23; y también, que no puede constituir criterio interpretativo válido, el anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás . Va de suyo que este modo de interpretación armónica, entre las normas constitucionales, es el mismo que debe utilizarse respecto de los derechos humanos entre sí, y con relación al resto de las garantías emanadas de la Constitución Política. Teniendo siempre en cuenta esta sabia pauta interpretativa general, nos corresponde ahora aplicar las pautas específicas de interpretación, del derecho de los derechos humanos. Tales normas son inmediatamente operativas, conforme jurisprudencia de esa misma Corte con más de 50 años de vigencia, al decir: ... las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias ... No son como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías', simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o con ambigüedades la expresa significación de su texto (caso Siri).-

Interpretación de los casos de aborto no punible , conforme el derecho internacional de los derechos humanos y en segundo lugar, las pautas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El derecho internacional de los derechos humanos expresado magistralmente en el art. 3ro de la Convención expresa claramente el principio pro homine también llamado en los niños favor Minoris o Interés Superior del Niño , con estas claras palabras ... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es al interés superior del niño... Demás está decir que este principio también está reflejado en los arts. 2 y 3ro de la ley 26.061. El Ministerio de Salud dice en su Guía , algo absolutamente al revés, la consideración primordial será hacia la madre gestante.

Respecto al aborto terapéutico, la repuesta ya está dada sobre la consideración primordial a la vida del niño, su interés superior, por encima de la propia vida de la madre (terapéutico), si fuera el difícilísimo caso de dos vidas en juego, extremo casi inviable en nuestros días con la medicina contemporánea. La medicina de nuestros días tiene a su mano el control de casi todas las variables y si queda algún cabo suelto, siempre está la sabia doctrina bioética de la causa con doble efecto, que contempla como posible el aborto indirecto, cuando se asume que como consecuencia de un tratamiento terapéutico o intervención médica sobre la madre, puede sobrevenir como consecuencia indirecta, la muerte del niño. Respecto al aborto eugenésico, más fácil es la repuesta cuando la vida del niño se enfrenta a la eugenesia de la especie (aborto eugenésico), es decir que si la madre era débil mental, el niño sería enfermo, norma absolutamente lunática y acientífica que ya estaba exánime, cuando en 1994, otorgamos jerarquía constitucional a los arts. 1 y 6 ss. y cc. de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. No se puede tener tanta hipocresía de seguir matando niños no nacidos, hijos de mujeres débiles mentales, solo porque a los legisladores se les olvidó derogar expresamente la norma. Bien sabe V.S. que esta la derogación tácita por legislación posterior en sentido contrario y de mayor jerarquía, y por si a algún Juez, le quedara alguna duda, le repetimos con la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, que ... en

todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social , los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es al interés superior del niño.. Durante 20 años han visto nacer en el Portal de Belén, a niños hijos de mujeres débiles mentales, y si esos niños tienen la posibilidad de ser alimentados en el primer año de vida, mejor que lo fueron sus madres, serán iguales o mejores que nosotros. Quién tiene la hipocresía suficiente de degollar a un niño no nacido, tan sólo porque al legislador de este país, se le olvidó sacar del plexo normativo a una norma que en el 2012, deviene lunática y profundamente acientífica. Por fortuna existe en el derecho la debida integración y bases hermenéuticas claras que permiten distinguir las normas reales de las aparentes en un sistema jurídico. Más aún existen hermosos hogares de contención en la Provincia de Mendoza, donde las mujeres débiles mentales, son contenidas con sus hijos, toda una vida, y aunque parezca increíble, es esa vida concebida en tan difíciles circunstancias, la que termina conteniendo a una mamá tan desvalida. El derecho internacional de los derechos humanos lleva siempre a la aplicación del principio de la mayor protección de las víctimas protegibles y no hay dudas de que la Convención Sobre los Derechos del Niño es de pura raza de derechos humanos de la infancia, y frente a ello no hay aborto directo o procurado que valga, distinta es la posición del aborto indirecto. Subsidiariamente a lo anterior, el art. 31, inc. 1, de dicha Convención de Viena Sobre el derecho de los tratados, establece, como primera pauta interpretativa general - excluyente de las demás-, que 'Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin . Por otra parte, cuando están en juego normas aparentemente contradictorias de pactos internacionales -como sucede en el caso bajo análisis: el derecho a la vida del nasciturus, frente al derecho a la salud de su madre-, la interpretación de las cláusulas debe ser armónica, de modo que ninguna quede anulada por la otra. Respecto al aborto sentimental , recuerda que se encuentra derogado en el sistema penal argentino, porque esa figura fue alejada expresamente del sistema jurídico nacional en 1984, mediante la sanción de la ley nacional 23.077, que deroga la ley 21.338 que incorporaba el aborto sentimental . Antes había existido el aborto sentimental por la sanción de la ley 17.567, pero también derogado por la ley 20.509. No obstante lo anterior, siempre es bueno recordar que la vida humana de una persona, por pequeña que ella sea, siempre es infinitamente más importante que los sentimientos de otra persona, por inmensos que ellos sean. Durante 20 años han asistido a mujeres violadas embarazadas en el Portal de Belén, mujeres agredidas sexualmente en sus propios escenarios familiares, donde más debieron ser protegidas, y es muy cruel para una mujer, apagar un dolor inmenso con más muerte. Es como apagar un incendio con nafta en el alma de una persona. -

Según el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado , el derecho a la vida de la persona por nacer está integrado por la sumatoria e integración armónica, de los siguientes elementos: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Toda persona, desde el momento de su concepción, tiene derecho a que se respete su vida. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Ese derecho estará protegido por la ley. Todo niño, desde el momento de la concepción, tiene el derecho intrínseco a la vida, y se garantizará su supervivencia en la máxima medida posible; todo ello sin distinción alguna, e independientemente del nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Tribunales y las dependencias del Poder Ejecutivo tendrán siempre en cuenta el criterio rector del interés superior del niño , el cual jamás podría ser

que lo maten. Ni siquiera en caso de guerra, puede suspenderse la tutela de su vida, ni de las garantías judiciales que garanticen tal derecho. -

No existe ningún derecho humano que presente tales características. La razón es obvia. Sólo los vivos tenemos derechos, los cadáveres carecen de todos ellos. Es decir que todo derecho inhiere en un ser humano vivo o, eventualmente, en personas jurídicas, que no son otra cosa que agrupaciones de personas físicas vivas. Por tanto, la tutela de la vida humana se transforma en necesaria, para poder tener y ejercer cualquier otro derecho. Dicho de otro modo, la vida es la *condictio sine qua non*, de la existencia de todo derecho y, obviamente, de la posibilidad de ejercerlo.

Ahora bien, según el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, el derecho a la salud de la madre, está integrado por la sumatoria e integración armónica, de los siguientes elementos: La madre tiene derecho a que se preserve su salud mediante medidas sanitarias y de asistencia médica. También tiene derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

Corresponde ahora interpretar ambos derechos, conforme la pauta hermenéutica de la armonización de derechos, y a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Para ejemplificar la respuesta toma un caso por demás extremo: una mujer deficiente mental y con una severa cardiopatía congénita es violada, y como consecuencia de la violación queda encinta de un bebé anencefálico, poniendo el embarazo en peligro su vida. No se conoce ningún caso como este en la literatura jurídica. Además incluiría, a la vez, todas las indicaciones de aborto conocidas. Las dos hipótesis que están en juego son: a) permitir el aborto; y b) tutelar la vida del nasciturus. Si se autoriza el aborto, el derecho a la vida de la persona por nacer queda aniquilado en forma definitiva e irreversible. Ese pequeño ser humano, nunca jamás tendrá la posibilidad de volver a vivir. Habrá muerto de forma irreparable. Obviamente, junto con la vida se le quitarán todos los demás derechos que le corresponden: los fundamentales por su condición humana, y el resto de sus prerrogativas. Un hecho no menor es que, si el derecho a la vida no cede ni siquiera en caso de guerra, sería incomprensiblemente injusto que cediera en caso de una violación. Con lo monstruoso que es toda violación, es preciso reconocer que es irrelevante frente a cualquier guerra. Va de suyo que, de autorizarse el aborto, uno de los derechos humanos sería aniquilado; y, por ende, es absolutamente imposible armonizarlo con el otro derecho. A su vez, luego del aborto, la mujer: 1) como deficiente mental no recupera ni un ápice de su coeficiente intelectual, que permanece igual que antes. Por tanto, no obtuvo beneficio alguno; 2) su cardiopatía congénita tampoco se modifica en nada. Ergo, tampoco obtuvo beneficio alguno al abortar; 3) su violación es un hecho histórico, que el aborto jamás podría revertir. En consecuencia, tampoco obtuvo beneficio alguno; 4) sobre el peligro para su vida, es muy sabido que, con el avance de la medicina, siempre puede ser aventado por otros medios terapéuticos. Por otra parte, el aborto la expone al riesgo físico de cualquier intervención invasiva y, además, al síndrome post-aborto. El mismo beneficio lo podría haber obtenido por otros medios mucho menos riesgosos para su salud física y psíquica. En síntesis, autorizando el aborto se aniquila para siempre el derecho a la vida del nasciturus y todos sus demás derechos- sin que, a cambio de ello, la madre obtenga beneficio alguno. La alternativa del aborto es improponible.

Los resultados de la hermenéutica de la segunda hipótesis vale decir, la tutela de la vida de la persona por nacer-, son los siguientes. Se ha protegido en plenitud el derecho a la vida del nasciturus. Todas las normas de los tratados de derechos humanos al respecto, son respetadas

en su mayor extensión. Y hay una adecuada y efectiva tutela judicial de las mismas. Finalmente se ha garantizado la supervivencia de la persona por nacer. Pero hay algo aún más importante. En realidad, el caso de laboratorio que nos hemos planteado como hipótesis de trabajo, está expresamente resuelto por la Convención sobre los Derechos del Niño, que tutela el derecho intrínseco a la vida art. 6- de todo niño, desde el momento de su concepción; porque Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de ... el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales art. 2, inc. 1-. Por aplicación directa de esas normas operativas de la mencionada Convención, el aborto sería inconstitucional. Efectivamente, si se lo permitiera aún en estas circunstancias extremas y de laboratorio -, implicaría que se pondría una condición del nasciturus su anencefalia-, como excusa para vulnerar su derecho a la vida; o, eventualmente, la sumatoria de las condiciones de su madre deficiente mental, con una enfermedad congénita, violada y que el embarazo constituyera un peligro para su vida-, por encima del interés superior del niño , tutelado por el art. 2, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (Convención de Viena, art. 31). En efecto, el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño es, obviamente, tutelar los derechos de cada infante. Y el contexto del tratado nos lo expresa en forma auténtica su propio Preámbulo, al decir citando la Declaración de los Derechos del Niño su antecedente-, que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento . Además de ello, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en uno de sus fallos, que los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar 'en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (caso Instituto Reeducación del Menor, párrafo 161). En cuanto a la madre, no cabe duda que deben atenderse todos sus problemas de salud, incluyendo los que pudiere plantear su embarazo. El trauma de la violación debe ser tratado con la ayuda psicológica pertinente. Y su deficiencia mental, en la medida de lo posible, conforme las terapias adecuadas a su dolencia. Todo ello constituye las medidas sanitarias y la asistencia médica , a las que tiene derecho por su condición humana. Y este cuidado es lo que le permitirá alcanzar el mayor grado posible , de salud física y mental , al que también tiene derecho. Además, la violación pide el castigo punitivo del violador y la reparación integral a la víctima. Tomadas todas estas medidas, luce evidente que se han armonizado perfectamente los derechos humanos en aparente pugna, y la pauta interpretativa general del art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, excluye cualquier otra hermenéutica posible. -

Aplicación del principio pro homine. Según el mismo, se trata de aplicar la norma que brinde una mayor protección real a cada ser humano. Ya se ha dicho que la muerte de una persona, implica la imposibilidad de beneficiarla con cualquier derecho humano y, también con el principio pro homine. Este principio requiere para su aplicación la existencia de un homine, valga la redundancia. Pero si lo matamos, ya no habrá un ser humano, sino un cadáver. Y en los cadáveres no inhiere ningún derecho. Si de las dos alternativas posibles, una de ellas aniquila un ser humano, tal alternativa es intrínsecamente incompatible con el principio pro homine. Sólo la tutela irrestricta del derecho a la vida del nasciturus, respeta el principio liminar del derecho de los derechos humanos. -

Aplicación del principio de la primacía de la norma más favorable a la protección de la persona. Las normas más protectivas del ser humano son, aún en el hipotético caso que nos ocupa, las que tutelan el derecho a la vida, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 2, inc. 1- y el Pacto de San José de Costa Rica art. 4-. Por tanto, no podría despenalizarse el aborto en ningún caso, y ha quedado derogado en la República Argentina por vigencia del derecho de los derechos humanos-, el art. 86, incs. 1 y 2 del Código Penal.

Aplicación del principio de conservación de la norma más favorable. En este caso el principio no resulta inaplicable, puesto que la norma más favorable es la de los tratados de derechos humanos, respecto del Código Penal Argentino. Al ser la norma más favorable la dictada con posterioridad y, además, de rango superior-, ésta se conserva por sí misma, sin necesidad de acudir a este principio. -

Aplicación tutelar del principio pro homine. Esta regla de aplicación del principio pro homine exige que, en caso de duda, el juez siempre debe interpretar la norma aplicable al caso, del modo que mejor tutele al ser humano concreto. De todo lo dicho, resulta obvio decir, que el único modo de aplicar el principio pro homine, protegiendo del mayor modo posible a cada ser humano, es con la expresa prohibición del aborto mediante normas punitivas. Refuerza definitivamente esta interpretación, el hecho que se está analizando el alcance del art. 86 del C.P. Para conocer cuál es el derecho que tutela, basta saber que dicho artículo está en el Libro Segundo De los Delitos , Capítulo 1 Delitos contra la Vida y que los arts. 85 al 88 protegen la vida de la persona por nacer. Ergo, este y no el de la gestante, es el derecho tutelado por la norma analizada.

En síntesis, ha utilizado como hipótesis de trabajo el más extremo posible caso de aborto no punible , al punto que suma todas las indicaciones posibles del derecho comparado, para la despenalización del aborto. Caso de laboratorio e inexistente en la literatura conocida. A dicha hipótesis extrema, le ha aplicado todos los criterios interpretativos del derecho de los derechos humanos, a saber: a) la armonización que evite su destrucción mutua; b) el art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; c) el principio pro homine, según sus tres reglas de aplicación: 1°) la primacía de la norma más favorable, cualquiera sea su escala normativa; 2°) la conservación de la norma más favorable, aún cuando sea la promulgada con anterioridad en el tiempo; y 3°) la aplicación tutelar del principio pro homine. 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. Subraya el 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. Si bien el tema ha quedado definitivamente resuelto, subraya otro elemento que coadyuva a la misma y única solución del dilema. Se trata de comprender el alcance de las normas que prescriben la no privación arbitraria de la vida humana de la persona por nacer. -

Exégesis de la norma de derechos humanos que prescribe 'Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente' (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 inc. 1°). Para que un hecho sea arbitrario se requieren una o dos, de las siguientes condiciones: 1°) que responda a la voluntad unilateral de una de las partes involucradas; 2°) que tal conducta sea irracional. Es evidente que no toda decisión unilateral es antijurídica. Es usual en los contratos dejar al arbitrio del acreedor frente al deudor moroso, la decisión de resolver o rescindir el convenio

o, por el contrario, exigir su cumplimiento. En cambio, cuando se trata de una decisión unilateral e irracional a la vez; no puede haber duda, que estamos frente a un acto arbitrario, jurídicamente reprochable, y que jamás puede ser amparado por el derecho. Repasemos, entonces, el hecho cuestionado. Se trata de otorgar a la gestante o, en su defecto, al representante legal en ambos casos bajo ciertas circunstancias fácticas-, la facultad de quitarle la vida a un nasciturus. El hijo no es el culpable ni el causante de la decisión: él no ha puesto en peligro la vida de su madre que depende de una enfermedad previa suya-, ni es el violador. No puede haber duda que estamos ante una decisión unilateral de la madre -o su representante legal-. Máxime cuando lo que exige la Guía aquí atacada es una simple declaración jurada de su voluntad de matar a su hijo. Más arbitrario que esto es imposible. Ahora bien, cualquiera sea el motivo aducido, la excusa absolutoria implica la autorización para matar al nasciturus a la sola opción de su madre o del representante legal de ésta. Estamos frente a una norma arbitraria, pues: depende de la voluntad unilateral de un tercero; y porque es irracional matar a una persona por nacer, pudiéndola dar en adopción. Y la norma de derecho internacional -que tiene primacía frente a cualquier disposición del derecho interno, incluso de rango constitucional-, prohíbe privar de la vida arbitrariamente a cualquier ser humano. Por tanto, cualquier tipo de homicidio prenatal viola, directamente, la principal prescripción del derecho de los derechos humanos, cual es la que tutela la vida de todo ser humano inocente.

Hermenéutica de las normas de derechos humanos que obligan al Estado a: 1) garantizar en la máxima medida posible la supervivencia del nasciturus; y 2) al mantenimiento de las garantías judiciales indispensables para la protección de tal derecho. Va de suyo que la penalización del aborto es necesaria, para garantizar en la máxima medida posible la supervivencia de la persona por nacer. Si faltara la tutela penal, la protección no garantizaría la vida en la máxima medida posible, pues siempre es posible tipificar ese hecho como delictivo. Otro tanto ocurre con las garantías judiciales indispensables para la protección del derecho a la vida del nasciturus. Es que si el aborto no fuera punible, caería toda garantía judicial de protección de tal derecho.

Por tanto, garantizar en la máxima medida posible la supervivencia del nasciturus, y mantener las garantías judiciales indispensables para la protección de su derecho a la vida, son dos obligaciones insoslayables del Estado, a tenor del derecho de los derechos humanos. En consecuencia, el Estado no puede dictar ni mantener vigente-, ninguna norma que implique eliminar la tutela punitiva del homicidio intrauterino. Ello es así porque, de lo contrario, el Estado no garantizaría en la máxima medida posible la supervivencia de la persona por nacer; y, además, lo privaría de las garantías judiciales indispensables para la protección de su vida, puesto que permitiría que se quite la vida al nasciturus. Y cuando una legislación permite matar, no puede sostenerse que la misma garantiza en la máxima medida posible la supervivencia, ni que mantenga las medidas judiciales indispensables para la protección de la vida.

Errores de la CSJN y del Ministerio de Salud de la Provincia. Agravios a la vida de los niños no nacidos. El Ministerio de Salud de la Provincia en su guía decide expresamente seguir el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso A. F. s/medida autosatisfactiva (F 259 XLVI) y elabora toda su resolución hoy cuestionada en base a las consideraciones de dicho fallo. Llama poderosamente la atención que el Ministerio de Salud decida acatar un fallo de la Corte, cuando es la misma Provincia que aún no ha acatado el fallo Portal de

Belén del 05 de marzo del 2002, donde en el considerando N° diez, se establece que todo fármaco que tenga el efecto antimplantatorio, debe ser considerado abortivo, y la Provincia de Córdoba es campeona nacional en repartir supuestos anticonceptivos con efectos antimplantatorios, destructivos del embrión humano. Córdoba tiene una sola lógica: sigue a la Corte, solo cuando se trata de matar inocentes.-

Crítica jurídica al mal llamado fallo de la Corte Suprema, respecto del aborto. El fallo de la C.S.J.N., que fundamenta tanto la Resolución como la Guía aquí atacados, merece diversas consideraciones desde el punto de vista jurídico, a saber.

Valor jurídico general de los fallos de la C.S.J.N. En primer lugar, en la Argentina, no existe ningún Tribunal que unifique la jurisprudencia, como serían las Cortes Constitucionales o de Casación. Esto tiene dos consecuencias jurídicas: 1°) cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley, decreto o resolución ministerial; y 2°) el alcance de toda sentencia judicial incluso las de la Corte Suprema-, se limita al caso concreto que trata ese expediente, sin que sea obligatorio seguir el mismo criterio en los demás juicios, incluso tratándose de casos idénticos. Esto ha sido reconocido por la propia Resolución en crisis en uno de sus Considerandos: Que en nuestro sistema jurídico, los fallos de la CSJN solo son obligatorios para el caso individual sometido a juicio . Por ello, en las cuestiones de mayor relevancia social, la jurisprudencia de la Corte ha sido casi siempre zigzagueante .

Valor jurídico del fallo respecto del aborto: La Constitución Nacional dividió el poder del Estado en tres funciones bien diferenciadas: a) la legislativa o sea dictar las leyes de fondo incluido el Código Penal, que corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 C.N.); b) la ejecutiva a cargo del Presidente de la Nación, cuya función es gobernar y administrar el país (art. 99 C.N.); y e) la judicial, a cargo de la Corte Suprema y Tribunales inferiores, cuya función es resolver los juicios sometidos a su consideración (art. 116 C.N.). Finalmente, corresponde a las provincias conservar todos los poderes no delegados por la Constitución al Gobierno Federal (art. 121 C.N.). Esto significa, en lo que nos interesa, que la Corte Suprema no puede gobernar ni administrar la Nación y muchísimo menos las Provincias-, y no puede legislar. Sólo tiene facultades para resolver mediante una sentencia, cada expediente judicial que llegue a su conocimiento.

Contenido de toda sentencia: Está aceptado pacíficamente que la sentencia propiamente dicha es su parte resolutive. Ella es lo único que obliga a las partes y a los Tribunales inferiores intervinientes en cada fallo de la Corte Suprema.

Bajo pena de nulidad es decir de invalidez jurídica-, el Resuelvo debe contener: La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones de las partes deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte (art. 163, inc. 6, del C.P.C.N.). A nivel provincial, la ley ritual establece que Toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y leal, bajo pena de nulidad (art. 326 del C. de P.C.) y La sentencia deberá contener decisión expresa con arreglo a la acción deducida en el juicio, declarando el derecho de los litigantes, dictando la condenación o absolución a que hubiere lugar y el pronunciamiento sobre costas y honorarios (art. 327 del C. de P.C.). Por lo tanto, una sentencia jamás podría exhortar absolutamente nada. Y muchísimo menos, un fallo podría modificar una ley vigente, ni ordenar al Poder Ejecutivo lo que debe hacer respecto de cualquier asunto.

El fallo de la Corte respecto del llamado aborto no punible . Como el fallo de la C.S.J.N. es la causa eficiente esgrimida por la Resolución y la Guía atacadas de inconstitucionales, es preciso analizarlo desde el punto de vista jurídico. -

El fallo no es una sentencia judicial. El fallo aquí comentado reconoce, que ... la intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (considerando 20 del voto mayoritario. El fallo es unánime en cuanto a cohonestar la muerte del nasciturus, sin embargo Argibay y Petracchi no avalaron lo que va a someter a crítica en este apartado. En su voto, la Srta. Argibay dijo que ... la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo ).

Ahora bien, la pretensión de las partes en la controversia era: la actora matar al nasciturus y sus defensores que no lo maten. Una vez sacrificada la persona por nacer, se acabó la causa ; porque no hay caso alguno por resolver. Así lo propuso el Señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (considerando 4º). Asunto reconocido expresamente por los firmantes, al decir que se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento (considerando 5º); ... sino que tan solo, (a esta corte) le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (considerando 7º). Para concluir: Exhortar, Exhortar (sic, puntos 2 y 3 del resuelto). Va de suyo que si declaran y exhortan es porque no resuelven nada; ergo no hay sentencia. Se trata de una simple pieza literaria-, sin valor jurídico alguno. -

Las exhortaciones de los jueces no obligan a nadie. En concreto, en lo que nos interesa, dicho fallo dice textualmente: Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles . Como acabamos de ver, dicha exhortación no puede integrar ningún fallo judicial. Es más, se trata de un abuso de poder por parte de la Corte Suprema, al pretender exigir al Poder Ejecutivo Provincial, que realice algo que pertenece a los poderes no delegados a la Nación. En cualquier caso, ningún ciudadano ni ninguna institución pública o privada- está obligada a seguir una exhortación de la Corte Suprema. -

La reinterpretación contra legem del art. 86, inc. 2 del Código Penal. El voto mayoritario del fallo que no es sentencia- en crisis dice: resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que 'el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:... 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto , y afirman que interpretarán este texto teniendo en cuenta que 'la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (considerando 18). Vale decir que leen lo que está escrito y se proponen interpretarlo literalmente. De aquí en más comienzan una serie de manipulaciones semánticas concatenadas, que concluyen en la vana exhortación final. Aquí está el meollo de la cuestión.

-

Creación Pretoriana del derecho por parte de la Corte Suprema y del Ministerio de Salud de la Provincia. La CSJN no puede crear derecho tan solo decirlo en un caso concreto. Obviamente el Ministerio tampoco puede crear derecho. Ambos por seguirse, han cometido

un enorme error que costará la vida muchos de seres humanos, pero no pasará inadvertido y ambos deberán pagar puntualmente ante el estado de derecho por las responsabilidades acarreadas. La CSJN no puede reintroducir en el art. 86 del C. Penal al aborto sentimental, que salió de nuestro sistema jurídico en el año 1984, al derogarse mediante ley 23.077, la ley 21.338 que lo había instalado. -

La ley 11.179. El Código Penal argentino de 1923 introdujo el art. 86 que establecía como hoy también figura por lo menos escrito, que el aborto no es punible: 2. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. Se estaba refiriendo el inciso sin dudas al aborto eugenésico. Dice la exposición de motivos de la ley 11.179 del año 1922, que ...una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada, o de un incesto vaya a nacer un ser anormal o degenerado... (Fontan Balestra). Nada se habló de la violación de una mujer sana o aborto sentimental. Más aún, Peco en el proyecto de reformas de 1960, dice claramente que si el legislador hubiera querido consagrar la tesis amplia, es decir que también incorporaba la norma al aborto sentimental, hubiera puesto una coma luego de la palabra violación y antes de la disyuntiva o. También Peco expresaba que la alusión al consentimiento del representante legal, carece de sentido si se trata de una mujer normal mayor de edad. Es tan claro que si la norma hubiera comprendido al aborto sentimental, la parte final del art. 86 segunda parte hubiera debido decir: ... En este ultimo caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto, pero la norma dice claramente ...En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto....

Ley 17.567. Se reforma el Código Penal en 1968. Se incorpora EXPRESAMENTE al art. 86 segunda parte, el aborto sentimental con estas palabras: ...Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal. Queda claro que allí está incorporada la mujer sana violada, siempre y cuando se haya efectuado la pertinente denuncia penal, ya que sino es una burla porque se presta para cualquier cosa. La norma exigía denuncia penal por la violación, no una mera declaración jurada.

Ley 20.509. Esta ley de 1973, deja sin efecto a la ley 17.567 y en consecuencia vuelve a regir el Código Penal de 1922, dispuesto por ley 11.179. Desaparece entonces el aborto sentimental de la segunda parte del art. 86 del C. Penal Argentino y queda solo el eugenésico.

Ley 21.338. Esta ley es de 1976 reforma la segunda parte del art. 86 del C. Penal y dice claramente ...Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal. Es el mismo texto de la ley 17.567, y reaparece el aborto sentimental. Es decir que se repone el aborto sentimental exigiendo nuevamente el requisito de la denuncia penal correspondiente, no la burla de una declaración jurada, como lo establece ahora la CSJN y el Ministerio de Salud de nuestra provincia.

Ley 23.077. Esta ley de 1984, deroga la ley 21.338 y volvemos nuevamente a la ley 11.179, es decir desaparece el aborto sentimental nuevamente, y así sigue escrito hasta hoy como se escribió la norma en 1922, aunque nadie en su sano juicio consideraría vigente hoy al aborto eugenésico de los suizos de 1917. Hoy nadie puede afirmar que los hijos de las mujeres débiles mentales sean un problema para la raza.

Manipulación de la CSJN. La Corte pretende reinstalar con su fallo el aborto sentimental, pero no puede hacerlo, aunque recurra a varias manipulaciones normativas.

Primera manipulación semántica o la violación de cualquier mujer. El voto en crisis afirma que, del art. 86, inc. 2 C.P., existirían dos interpretaciones literales la amplia y la restringida. Resulta absurdo imaginar que un texto jurídico pueda interpretarse literalmente de más de una forma. En el mismo idioma, la interpretación literal sólo puede ser única. No hay pues ni interpretación amplia ni restringida. Sólo hay una interpretación verdadera y las demás son falsas. Sintetizando, la pseudo interpretación literal amplia, sostiene que el inc. 2 del art. 86 del C.P., se referiría a dos supuestos diferentes: a) cualquier mujer violada y b) la mujer idiota o demente que sufra un atentado al pudor, en cuyo caso su representante legal debe pedir el aborto. Ahora bien, tal exégesis no se compadece con el idioma castellano, puesto que debería cambiar radicalmente la puntuación. En efecto, para decir +lo que el fallo aduce, la norma debería estar redactada de esta forma: 2) si el embarazo proviene de una violación; (punto y coma) o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, (coma) en (minúscula) este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. Esto es lo que a ellos les encantaría que estuviera escrito, pero el mencionado texto nunca tuvo tal redacción. El texto vigente según ley 11.179 literalmente dice: 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Por tanto, al no haber ninguna puntuación, las condiciones requeridas son dos: una mujer idiota o demente- que es víctima de una violación o atentado al pudor-. El punto seguido separa esta oración de la que dice: En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto, porque el consentimiento del representante no se exige en el primer supuesto (inc. 1, peligro para la vida o salud de la madre, donde es ella quien presta el consentimiento, cosa que no puede hacer una deficiente mental). En suma, lo que literalmente dice el art. 86, inc. 2 del C.P. es: para que no sea punible el delito de aborto se requiere el cumplimiento de cuatro elementos: 1) que el embarazo sea producto de una violación o, eventualmente, atentado al pudor-; 2) que la víctima de la violación sea una mujer idiota o demente-; 3) que su representante legal solicite el aborto; y 4) que sea efectuado por un médico diplomado. Esta interpretación literal es coherente en sí misma. Además, se condice plenamente con el debate parlamentario de la norma, que consagró el repudiable aborto eugenésico. La Exposición de Motivos del proyecto de ley que introdujo el supuesto se ufanaba: Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado (sic). Coincidiendo la hermenéutica literal con la histórica, no corresponde acudir a ninguna otra de las fuentes de interpretación. En pocas palabras, la interpretación del fallo comentado es falsa -ni amplia ni restrictiva-; sencillamente: falsa.

El art. 86 inc. 2 del C.P. es una excusa absolutoria: Como ya dijo, el art. 86, inc. 2 del Código Penal prescribe: el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: ... 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado

al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto . Se trata de una excusa absolutoria, es decir, que todo aborto siempre es un delito (arts. 85 a 88 del Código Penal), pero la ley establece una excepción donde ese delito no era penado, atendiendo a una razón eugenésica en boga en los tiempos en que se dictó el Código Penal. Tichi

Segunda manipulación semántica o la sola invocación de la violación. Es obvio que no es lo mismo la realidad de una violación, que su sola invocación. Cualquiera puede invocar un hecho no sucedido. Por otra parte, una mujer casada o que en los días previos o posteriores a la violación haya tenido relaciones, ¿cómo podría asegurar que su embarazo es producto de la violación, y no de cualquiera de sus relaciones sexuales normales? Digámoslo con franqueza, si luego del aborto no punible se hace un examen de ADN al occiso, en la mayoría de los casos habría que meter preso como supuesto violador al esposo o pareja. O, de lo contrario, encarcelar a la mujer y al médico, porque el tal aborto era perfectamente punible. Como esta verdad de Perogrullo no escapó a los autores del voto, eliminaron el requisito de la denuncia penal. Al ser la violación un delito de instancia privada, sin la denuncia de la víctima real o falsa-, la Justicia Penal no puede actuar ex post facto. Y así quedarán impunes para siempre tanto el violador si lo hubiere-, como el abortero y la madre si no hubo violación-. Para obtener este resultado, el voto mayoritario apeló a una suerte de frenética concatenación de pases mágicos , que exceden toda racionalidad. Contrariamente a lo que se lee en la norma, el voto en crisis opina que ... el art. 86, inc. 2º del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación (considerando 27). Así preparado el terreno, concluyen en ... la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación (considerando 24). La primera manipulación semántica consistió en hacer desaparecer, el requisito de la deficiencia mental en la mujer violada. Ahora, el voto en crisis ha hecho desaparecer los requisitos de la violación y que esta haya causado el embarazo. Sería suficiente que la mujer encinta invoque ser víctima de violación , firmando un formulario preimpreso.

Tercera manipulación semántica o el derecho a abortar. El esquema del delito de aborto -que rigió antes de la reforma constitucional de 1.994-, es el siguiente: se trata de un delito contra la vida (capítulo 1, del título 1, del libro segundo del C.P.), que tiene dos figuras simples sin o con el consentimiento de la mujer, art. 85, incs. 1 y 2 del C.P., respectivamente-; se duplica la pena en la accesoria de inhabilitación para los profesionales intervinientes (art. 86, 10 párrafo del C.P.); la pena de la mujer equivale a la del abortero con su consentimiento (art. 88 del C.P.); hay una pena atenuada para el aborto preterintencional (art. 87 del C.P.); y se admitían dos excusas absolutorias, donde el delito de aborto no era punible (art. 86, incs. 1 y 2 del C.P.). En cualquier caso vale decir: siempre-, el aborto era y es un delito. No era punible sólo en dos supuestos en la práctica hoy casi inexistentes: el pseudo-terapéutico, o sea peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios , y el eugenésico, vale decir cuando el embarazo es fruto de la violación a una deficiente mental. Ahora bien, el fallo en crisis pretende transformar una excusa absolutoria derogada expresamente por ley posterior y luego por si quedaba alguna duda por la reforma constitucional de 1.994-, en un imaginado derecho. Leamos: ... en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación... su derecho al

acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras (considerando 19). Las menciones al supuesto derecho a abortar de toda mujer violada, se multiplican a lo largo del voto cuestionado. Es evidente que nadie tiene derecho a cometer un delito. Derecho y delito son términos opuestos por la máxima contradicción posible, puesto que el delito es la suprema violación de un derecho. Al punto, que la mayoría de las violaciones a los derechos no constituyen delitos. Que un delito no tenga pena por una excusa absoluta, no significa que deje de ser delito, sino solamente-, que carece de pena.

Por ejemplo, el art. 185 del C.P. exime de responsabilidad criminal a los hijos cuando hurtan dinero a sus padres. De ello nadie dedujo jamás, que la prole tendría derecho a hurtar a sus progenitores. Ni mucho menos, que todo el aparato estatal debería ponerse a disposición de los hijos, cuando estos deseen hurtar a sus padres. En síntesis, la tercera manipulación semántica ha sido travestir la comisión de un delito, como si fuera un derecho humano . -

Cuarta manipulación semántica o la obligación estatal de abortar. Ahora bien, una vez inventado el supuesto derecho al homicidio prenatal, para hacerlo operativo, era preciso determinar algún obligado a ejecutar cada muerte... Por ello, el fallo dice: Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias, para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura (considerando 25). Sin embargo, el art. 86, inc. 2° del C. Penal derogado tácitamente por la reforma constitucional de 1994-, mientras rigió decía que no era punible un aborto efectuado por un médico, cuando el embarazo fuera producto de la violación de una mujer idiota o demente, y lo pidieran sus representantes legales. Sostener que dicha norma implica obligar al Estado a practicar los homicidios prenatales, es un absurdo. Ahora bien, decir que el Estado está obligado a matar, en su carácter de garante de la administración de la salud pública, hiere la inteligencia de todo ser humano.

Quinta manipulación semántica o la obligación de los médicos e instituciones sanitarias de practicar homicidios prenatales. Es evidente que la inmensa mayoría de los agentes estatales, nunca podrán ser obligados a realizar abortos. Por eso, la última vuelta de tuerca es la pretensión de extender tal obligación homicida, a los profesionales y las instituciones de la salud. Dice el fallo aquí comentado: ... este Tribunal se ve en la necesidad de advertir, por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida (considerando 22); y ... la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar (considerando 24). Finalmente admite la objeción de conciencia del personal sanitario, pero éste debe ejercerse de manera tal ... que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual (sic, considerando 29). En pocas palabras, si el médico no mata al nasciturus rápidamente sería sometido a sanciones administrativas, civiles o penales (como lo establece el punto 2.i de la Guía aquí cuestionada).

Sexta manipulación semántica o se debe impedir la producción de pruebas. Sólo está quedando un cabo suelto para completar el esquema perverso pergeñado por la Corte, y acatado genuflectivamente por el ministro sanitario cordobés. En efecto: la inmensa mayoría de los homicidios prenatales que se efectuarán siguiendo este fallo, ni siquiera cumplirán las condiciones mínimas de la interpretación amplia (sic, embarazo producto de violación). El esquema se vendría abajo con solo probar en algunos casos que no se dio el embarazo y/o ni la violación y, en consecuencia, procesando y condenando a esas mujeres y sus aborteros. Para que cierre la legalización pretoriana del aborto sin modificar la Constitución ni las leyes-, era preciso impedir la producción de cualquier prueba al respecto. Así lo dispusieron. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquél ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal (considerando 27). Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de 'casos fabricados', considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos ... no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud (considerando 28). La falacia argumental es patética, aún en la falsa interpretación de la Corte: para la no punibilidad del aborto se requiere que el embarazo sea producto de una violación. Ambos elementos no son ningún requisito adicional, ni ningún obstáculo. Por el contrario, son los requisitos que justificarían la no sanción del aborto. En consecuencia, quienes invoquen tales circunstancias están jurídicamente obligados a demostrarlas. Precisamente, para evitar los casos fabricados, las excusas absolutorias funcionan según los pasos del siguiente esquema: 1º) la persona realiza el acto típico, 2º) se procede a la investigación penal, 3º) se demuestra -o no- el cumplimiento acabado de los requisitos de la excusa absolutoria; y luego de ello 4º) se archiva la causa o se condena a los delincuentes, según corresponda. Ergo, la excusa funciona siempre ex post facto, jamás ex ante. Es obvio que si las excusas se resolvieran ex ante, se estaría dando una suerte de patente de corso para delinquir. Ahora bien, como la violación es un delito de instancia privada, la Justicia Penal requiere para poder actuar, la previa denuncia de la víctima o su representante legal, si se tratara de una incapaz-. Entonces el fallo en crisis sustituyó el imprescindible requisito de la previa denuncia criminal de la supuesta violación, por la suscripción de una simple declaración jurada, que no puede excitar la jurisdicción penal. De este modo, la mujer no violada, tiene la certeza absoluta que se podrá hacer un aborto a petición, sin correr ningún riesgo jurídico. Se le ha otorgado patente de corso para matar a su hijo aún no nacido. Nunca jamás nadie podrá probar nada al respecto. Ahora bien, matar a su hijo con solo suscribir un formulario tipo es, evidentemente, privarlo de la vida arbitrariamente. En síntesis: el art. 86, inc. 2 del C.P. prescribía que no es punible el delito de aborto, cuando el embarazo fuera producto de una violación a una mujer disminuida mental, que lo pidan sus representantes legales y lo realice un médico matriculado. Pese a ello, el fallo cuestionado sostiene que dicha norma diría: toda mujer que firme un papel diciendo que su embarazo fue producto de una violación, tendría el derecho humano absoluto de abortar, el Estado está obligado a hacerlo rápida y gratuitamente, y se le garantiza que no habrá investigación penal alguna al respecto.

Balance jurídico sobre la exhortación de la Corte. Como puede apreciarse, el Código Penal dice claramente una cosa, y la exhortación de la Corte que carece de valor jurídico- dice algo completamente diferente. En efecto, no es lo mismo que la violación sea a una mujer deficiente mental, que violar a cualquier mujer; ni es lo mismo exigir que el embarazo sea producto de una violación, a que se firme una declaración jurada afirmándolo; tampoco es igual eximir de pena una vez probados los 4 elementos requeridos por la ley (mujer deficiente mental embarazada como consecuencia de una violación, el consentimiento del representante legal y que el aborto lo practique un médico matriculado), a sostener que cualquier mujer que firma un formulario tendría derecho a obligar al Estado a que le mate gratuitamente al hijo que porta en su seno.

Así como el Congreso de la Nación es el único legitimado para dictar el Código Penal (art. 75, inc. 12 C.N.), dicho Parlamento es el único legitimado para modificar cualquier artículo del Código Penal. La conclusión es obvia: el gobierno de la Provincia de Córdoba, no está legitimado para variar una coma o una letra del artículo 86 del C.P. Tampoco está obligado jurídicamente a acatar una exhortación de la Corte Suprema, órgano del Poder Estatal inhabilitado para hacer exhortaciones. Máxime cuando la exhortación es contraria a la C.N., las leyes vigentes y a la misión de la profesión médica. -

El fallo de la C.s.J.N. es insanablemente nulo, sin necesidad de declaración judicial alguna: El Código Civil ha previsto las sanciones que corresponden a los actos jurídicos y un fallo judicial lo es- que, por diversos motivos carecen de valor jurídico. Hay así actos nulos y anulables, y de nulidad -o anulabilidad- absoluta o relativa. Así son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto como exhortar en un fallo judicial- (art. 1.044 C.C.). Además, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto... La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación (art. 1.047 C.C.). Finalmente, la nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley... le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada (art. 1.038 C.C.). El fallo no obliga a nadie ni a los jueces inferiores (mucho menos a los provinciales), ni a los Gobiernos Nacional, Provinciales y Municipales, ni a los legisladores, ni a los profesionales de la salud, ni a nadie-. Y esto por varios motivos: por la sencilla razón que el mismo ha sido dictado en abstracto, en una causa ya concluida; porque supone un abuso de facultades, ya que la función judicial es juzgar las causas, y no legislar ni modificar las leyes aprobadas por el Congreso Nacional; y además y esencialmente-, por ser un acto jurídico nulo de nulidad absoluta y manifiesta. Y, al ser la nulidad manifiesta en la propia sentencia, debe reputarse nula aunque su nulidad no haya sido juzgada (art. 1.038 C.C.). Al fundar la Resolución y Guía Ministeriales en un acto jurídico nulo de nulidad absoluta, y que el vicio es patente en el mismo acto; son igualmente insanablemente nulos los actos jurídicos aquí atacados de inconstitucionalidad.

Conclusión de Agravios. a) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya Constitución Nacional ha incorporado la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niños que establece claramente en el Preámbulo párrafo noveno que el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal antes y después de su nacimiento. b) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia, cuya Constitución Nacional ha incorporado la Convención internacional Sobre los Derechos del Niño, que en su art. 3.1. establece ...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de

bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es al interés superior del niño . Demás esta decir que este principio también esta reflejado en los arts. 2 y 3ro de la ley 26.061. c) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya Constitución Nacional ha incorporado la Convención internacional Sobre los Derechos del Niños 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 Ministro 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. d) El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades saben o deben saber que el aborto sentimental fue eliminado del Código Penal por la ley nacional Nro 23.077, y que solo otra ley del Congreso lo hubiera podido reinstalar en nuestro plexo normativo, siempre y cuando no hubiéramos firmado la Convención de los Derechos del Niño como lo hicimos. e) El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades saben o deben saber que el aborto sentimental , cuando rigió, lo hizo de la mano de la denuncia penal concreta del hecho para justificar la

no punibilidad, para evitar mas excesos de lo que ya significaba la muerte de un niño inocente. F) Aún en la hipótesis que la Constitución no existiera, El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades saben o deben saber que es una absoluta locura desprender el aborto sentimental de la denuncia penal, y solo atarlo a una declaración jurada, como pretende en el punto 3.2. de su Guía. g) El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades saben o deben saber que una declaración jurada como la que pretende se trata de un espectacular bill de indemnidad para efectuar los abortos que buenamente se le ocurran a la gente, y que de esta forma contradice en forma horrorosa el art. 3.1. de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. h) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya Constitución Provincial dice expresamente en su art. 4 que ...La vida desde la concepción, la dignidad física y moral de las personas son inviolables. Su respeto y protección es deber de la Comunidad y, en especial de los poderes públicos ..

i) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya Constitución Provincial dice expresamente en su art. 19, inc. 1ro que todas las personas de la Provincia tienen los siguientes derechos A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal. j) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya ley Nro 6222 de ejercicio de la Profesión de la Medicina establece en el art. 7 inc. d. que los médicos no podrán ...practicar, colaborar o propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin ... . k) El Ministerio de Salud es un organismo de una Provincia Argentina, cuya Constitución conserva y reafirma para si la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de la salud. (art. 59), por lo cual no esta obligada a seguir ninguna indicación general

y abstracta de la CSJN en materias de salud. l) El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades conocen o debieran conocer perfectamente que el único poder del Estado que puede reformar la ley 6222, es la Legislatura de la Provincia de Córdoba, por imperio del Art. 104 inc. 1ro. ss y cc.) El Ministerio de Salud es un organismo cuyas autoridades saben que la Provincia de Córdoba llevan ignorando ya diez años el fallo de la CSJN del 05 de marzo del 2002, donde se establece que todo fármaco que tenga el efecto antianidatorio

debería ser considerado abortivo y no obstante ello, tiene sus almacenes llenos de estos productos.

**LOS ACTOS LESIVOS. AMENAZA ACTUAL E INMINENTE.** Los actos lesivos del derecho a la vida defendido por su representada, consiste en la amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer de la Provincia de Córdoba, a causa de la norma ministerial y Guía que ordena, a la sola opción de la gestante -con el único requisito de realizar una declaración jurada (punto 2.b de la Guía)-, proceder a matar a su hijo, pues en todos los casos debe garantizarse una pronta y segura respuesta a la embarazada demandante del aborto no punible, resguardando su intimidad y la confidencialidad, preservando sus datos personales y familiares (punto 2.g de la Guía). Seguramente no todas las cordobesas matarán a sus hijos por nacer mediante este mecanismo. Pero la sola existencia de la Resolución y la Guía suponen un acto lesivo de la garantía constitucional nacional y provincial-, a la vida de todo ser humano desde el momento de su concepción . De hecho, la Guía implica un camino sencillo y sin riesgo jurídico alguno para matar a sus hijos a su sola voluntad. Al punto que la Guía ni siquiera prevé para los casos en que la mujer haya aducido haber sido violada, que se conserven los elementos necesarios o se practique la prueba genética sobre el cadáver del hijo. Y esa falta de conservación de la prueba, implica la total impunidad de toda gestante que jamás haya sido violada, o cuyo hijo fuera fruto de una relación sexual consentida. Ello es tan así, que la norma atacada de inconstitucionalidad prescribe: Si la solicitante o su representante contaren con constancia de denuncia penal, se incluirá una copia de la misma en la Historia Clínica. En este último caso, deberán tomarse todos los recaudos necesarios para el resguardo del material genético (punto 3.2.a de la Guía). Contrario sensu, si la gestante no acompaña denuncia penal de violación, el material genético del nasciturus muerto se eliminará, y con él la prueba de la falsedad de la declaración jurada, de toda gestante no violada. El aborto a petición ha sido legalizado de facto en Córdoba, por la Resolución y Guía aquí cuestionadas, en abierta violación de nuestro sistema jurídico. El derecho colectivo conculcado es el derecho a la vida (que) es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional , desde el momento de su concepción (in re: Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro e/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo , considerandos 12 y 14). La amenaza no puede ser más grave e inminente, desde que se trata de matar cualquier persona por nacer, mediante un mecanismo tal que implica la total impunidad tanto de la gestante como de todos los que intervengan en el aborto-. Es decir que está al alcance de toda embarazada. Es más, al estar ya en ejecución la Resolución y distribuida la Guía, se trata de una amenaza actual y no futura, al derecho constitucional a la vida desde el momento de la concepción, fecundación o fertilización. El Ministerio de Salud de la provincia, extralimitándose absolutamente en sus funciones, ha puesto en marcha una guía, que deroga parcialmente la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 de la C.N. en lo que hace al derecho a la vida de los niños no nacidos. El Ministerio de Salud de la provincia, siguiendo a las indicaciones de la CSJN, extralimitándose absolutamente en sus funciones, ha creado figuras de abortos no punibles, que luego de la reforma de 1994, ni el Congreso Nacional pudiera ya incorporar, y para garantizar el éxito de su Guía ha invertido en forma absoluta todos los estándares previstos por las normas constitucionales para proteger a los niños no nacidos. El Ministerio de Salud de la provincia, al reinstalar, en un abuso de poder sin precedentes, el aborto sentimental , en el Código Penal Argentino, lo ha hecho, parcial y defectuosamente, porque ni ha tomado

las precauciones del legislador de la leyes nacionales Nros 17.567 y 21.338 que exigían la denuncia penal pertinente, para aceptar la no punibilidad del tipo, mientras que para El Ministerio de Salud de la provincia solo basta una declaración jurada y nada mas. No conforme con ello ha procedido a mantener el aborto eugenésico derogado tácitamente por los tratados internacionales de protección a la infancia, (art. 1 y 6to de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño), condenando a muerte a un niño para que no herede las taras o enfermedades de sus padres, como si tal situación ya no hubiera sido defenestrada por la ciencia médica. No obstante lo anterior si el Ministerio de Salud de la provincia se ata al texto literal del art. 86 segunda parte, porqué no protege a las incapaces violadas ordenando una investigación del hecho de forma que no las vuelvan a abusar. Para las mujeres discapacitadas lo único que propone el Ministerio es un manto de silencio. Una verdadera vergüenza. Ahora bien, si el Ministerio de Salud de la provincia en su Guía, se ata al texto literal del art. 86 segunda parte, ¿porqué insiste en el aborto sentimental que ya no esta en el Código desde 1984? Otra verdadera vergüenza. Las autoridades del Ministerio de Salud de la provincia, en un abuso de poder sin precedentes, han procedido a derogar parcialmente la ley provincial 6222, en lo que respecta a la práctica de abortos, y ha transformado a la Legislatura de la Provincia, en una observadora de lujo de tanto disparate. No se le ha permitido ni a los legisladores de la Provincia de Córdoba que opinen en un tema de tanta trascendencia a pesar de lo previsto expresamente en el art. 104 inc. 1ro de la Constitución Provincial. Por decisión del Ministerio de Salud de la provincia, que sigue a la CSJN cuando no la tiene que seguir, cuando ordena matar, y no la sigue cuando ordena no matar (Fallo Portal de Belén), el aborto sentimental ha vuelto mágicamente al código penal, pero sin el recaudo de la denuncia penal, que nos permitía evitar los abusos a dicha norma. En el aborto sentimental la denuncia penal era un requisito de no punibilidad imprescindible, pero esto se le paso al Ministerio de Salud. Un abuso de poder que se paga con mas vidas inocentes. El Ministerio de Salud de la provincia no tenía ninguna obligación de seguir las indicaciones de la Corte, pero menos que menos, tenía la obligación de aceptar el aborto sentimental que está expresamente derogado, y de última si se considera que el Ministerio de Salud lo podía todo, jamás pudo obviar la denuncia penal, y aceptar el argumento de que con una declaración jurada bastaba para tener por acreditada la violación, sin indagar absolutamente nada más, porque esto sencillamente traerá aparejado la fabricación de abortos por violación, y en los casos reales, volverán las mujeres en silencio a los lugares donde ya fueron violadas, obviamente a ser nuevamente violadas. Realmente un abuso de poder sin precedentes. Si hay un punto de la Guía donde la arbitrariedad llega al paroxismo es donde el Ministerio de Salud de la provincia en el punto 2) H de la resolución 93/12, contradiciendo a todo el sistema jurídico internacional de los derechos humanos, especialmente al art. 3.1. de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, ordena a los médicos que toda decisión que tomen se basará desde la óptica de la salud exclusivamente de la mujer encinta, y no del niño, contrariando y violando el art. 3.1. que con rango constitucional ordena absolutamente lo contrario al decir que ... todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es al interés superior del niño... . Demás esta decir que este principio también esta reflejado en los arts. 2 y 3ro de la ley 26.061.

**ILEGALIDAD Y ARBITRARIEDAD MANIFIESTA.** Enseña Néstor Sagüés: La 'legalidad' a que se refiere el art. 1 de la ley 16.986, es legalidad material, en sentido amplio: es decir,

que puede discutirse por vía de amparo tanto un hecho contrario a una ley del Congreso, como a una resolución ministerial, un decreto o una ordenanza, etc., todo ello, naturalmente, cuando se den los demás recaudos que exige la ley 16.986. Lo importante, en efecto, es que se haya vulnerado un derecho o garantía constitucional, sea actuando de manera manifiestamente contraria a una ley, o a un decreto, a una ordenanza, etc.... . Tanto una Resolución y Guía ministeriales son susceptibles de ser declaradas ilegales por vía de amparo, en razón de violar un derecho de rango constitucional. En efecto tal como hemos visto en el sublite, la Resolución y su Guía-, violan un derecho de rango constitucional en forma manifiesta: el derecho a la vida, al obligar a los agentes sanitarios provinciales, a matar las personas por nacer de toda embarazada, que realice una declaración jurada en la que hará constar que su embarazo es producto de una violación y que por esa circunstancia solicita que se le realice el aborto (punto 2.b de la Guía) Esta declaración debe ser incluida en la Historia Clínica de la embarazada y firmada por ella o su representante (según el caso) (punto 3.2.a de la Guía). Y los agentes estatales deben matar a la persona por nacer en un plazo que no deberá ser mayor a diez (10) días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representante legal (punto 3.1.i de la Guía). A más de todo ello que es lo esencial, el Reglamento y la Guía violan también groseramente la prohibición expresa a los médicos de practicar abortos, contenida en la vigente Ley Provincial 6.222, art. 7, inc. d). Es evidente que, si la Ley Provincial que regula el ejercicio de las profesiones médicas, les prohíbe realizar abortos en el territorio de la Provincia; ninguna Resolución ni Guía ministeriales podría autorizar y reglar tal actividad ilegal. Se viola así también la Constitución Provincial, que dispone entre las atribuciones del Poder Legislativo, la de Dictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu (art. 110, inc. 1, C.Cba), y el Gobernador es quien ejecuta las leyes (art. 144, inc. 1, C.Cba.) como uno de sus deberes primordiales. Es por demás obvio que no se puede ejecutar una ley prohibitiva del aborto-, autorizando la conducta prohibida asumiéndola como una política pública estatal. -

**INEXISTENCIA DE OTRO MEDIO JUDICIAL IDÓNEO.** La jurisprudencia es clara en cuanto a este requisito. Frente a las inconstitucionales Resolución y Guja hoy impugnadas, que pretenden que los profesionales del equipo de salud provincial, practiquen abortos actividad que, además de ser violatoria de las Constituciones Nacional y Provincial, está prohibida expresamente por la Ley Provincial 6222-, poniendo para tal actividad ilícita todo el aparato estatal provincial. No hay duda que se afecta el derecho constitucional de incidencia colectiva, de la inviolabilidad de la vida de todo ser humano inocente, desde el momento de su concepción . En efecto, aún cuando existieran otras vías procesales ordinarias para impugnar la resolución mencionada, no las hay con efecto erga omnes; y el daño es, como se ha visto, generalizado en toda la Provincia, y abarca a millares de niños no nacidos en todo el territorio nacional. Además, como la resolución está en vigencia, la demora de años en producirse el fallo definitivo, haría de imposible reparación ulterior las muertes y demás daños causados. Sólo este amparo resulta idóneo, para lograr la protección oportuna de los derechos constitucionales conculcados. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que cita.

Solicita una **MEDIDA CAUTELAR**, consistente en que se ordene al **PODER EJECUTIVO PROVINCIAL**, por vía de la autoridad de aplicación, el **MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA**, la suspensión de la aplicación de la Resolución Ministerial y la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles ,

en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, atento su manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad; hasta tanto recaiga sentencia definitiva en este expediente. -

Ofrece prueba documental. Pide la admisión de la acción de amparo en todas sus partes, con costas en caso de mediar oposición. -

2.- A fs. 120 se imprime el trámite de ley y se hace lugar parcialmente a la medida cautelar, en los siguientes términos: Córdoba, trece (13) de abril de 2012. Proveyendo al escrito inicial: por presentado, por parte y con el domicilio procesal constituido. Por iniciada la presente acción de amparo. Reuniendo prima facie los presupuestos de ley, admítase. Requierase el informe que prevé el art. 8° de la Ley 4915 a la demandada, quien deberá cumplimentarlo en el término de tres días. Agréguese la documental acompañada. Atento el tenor de la presentación, y en razón de lo dispuesto en los arts. 63, 70 y 59 del Cód. Civil, dése intervención al Sr. Asesor Letrado en Turno. Notifíquese. Téngase presente la prueba ofrecida para su oportunidad. Oficiése al Registro de acciones de amparo. Del planteo constitucional efectuado, vista a la contraria, al Sr. Asesor Letrado y al Ministerio Público Fiscal por el término de tres días. A la cautelar solicitada: la amparista solicita que se verifiquen en autos todos los requisitos para la procedencia de una medida cautelar, pidiendo que se ordene al Poder Ejecutivo Provincial, por vía de la Autoridad de Aplicación, el Ministerio de Salud de la Provincia, la suspensión de la Aplicación de la Resolución Ministerial y la "Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles" en todo el territorio de la Provincia, atento su manifiesta inconstitucionalidad, y hasta tanto recaiga sentencia definitiva en este expediente. Fundamenta la verosimilitud del derecho en que el precedente de la C.S.J.N. en que se funda la resolución que se ataca no es vinculante. Que, en caso de no entenderse así, la violación de la Constitución Provincial es palmaria, a lo que cabe agregar lo dispuesto en el art. 7, inc. d, de la ley 6222. Con relación al peligro en la demora destaca que ello se verifica pues la resolución es aplicada en todo el territorio provincial, y se produce la práctica abortiva frente al pedido de quien presente una simple declaración jurada en la que se hará constar que el embarazo es producto de una violación y eliminando toda prueba genética de la que pueda surgir la falsedad de la declaración jurada. Destaca que el otorgamiento de la cautelar no puede producir daño alguno al Estado Provincial, y en función de la situación planteada, el beneficio de la cautelar es inconmensurable. Ofrece contracautela. Ingresando al nudo del problema, cabe consignar que si bien la cuestión de fondo planteada debe ser resuelta en la sentencia definitiva, el altísimo valor de todos los intereses jurídicos en conflicto me impone, frente al pedido de esta medida cautelar innovativa, expedirme en forma provisional, y en el marco de transitoriedad propio de toda medida cautelar. En este orden de ideas, advierto que si bien el amparista efectúa un planteo genérico orientado a enervar la validez de la legislación que permite practicar abortos, lo cierto es que el achaque de inconstitucionalidad únicamente se formula respecto de la Resolución N° 93/12 del 30 de Marzo de 2012 y su Anexo I. En dicha Resolución, se establecen dos procedimientos diferentes. Uno para el caso de peligro para la vida o la salud de la mujer (el contemplado en el art. 86 inc. 1° del Cód. Penal). Y otro para el "caso de violación". En este último supuesto, se invoca en la Resolución como sustento el art. 86 inc. 2° del Cód. Penal, en la interpretación efectuada recientemente por la C.S.J.N. en el conocido caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva" del 13/03/2012. En este marco, entiendo que en esta instancia del proceso no corresponde conceder la cautelar peticionada, para los casos expresamente previstos en el art. 86 inc. 1° del Cód. Penal, esto es, abortos no punibles "si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud

de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios", desde que prima facie no se evidencia contradicción alguna con lo dispuesto en el Cód. Penal. En lo atinente a los abortos producto de una violación, entiendo que es procedente conceder la medida cautelar solicitada, desde que prima facie se evidencia un conflicto normativo entre lo dispuesto en dicha resolución -en el sentido de que para cualquier caso de violación el procedimiento a seguir impone únicamente la presentación de una declaración jurada de la embarazada o su representante-, y lo establecido en el art. 4 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, la Ley 26.061, la Convención Americana sobre derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, estas últimas de raigambre constitucional en razón de lo establecido en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. En consecuencia, y previo la ratificación de la fianza de Diez (10) Letrados, hágase lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada, y ordénase a la demandada la suspensión de la Aplicación de la Resolución Ministerial y la "Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles", N° 93/12 del 30 de Marzo de 2.012, emitida por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, para el supuesto allí previsto de "Procedimiento en Caso de Violación", hasta tanto se dicte resolución en esta causa. A cuyo fin, ofíciase. Notifíquese .-

3.- Con fecha 13/04/2012 se libra el oficio relativo a la medida cautelar (fs. 124/125).-

4.- A fs. 128, el 17/04/2012, comparece la parte actora, y amplía la demanda de amparo. Solicita la declaración de inconstitucionalidad de los incs. 1 y 2 del art. 86 del Código Penal. Fundan tal petición en lo expresado en el escrito inicial. Asimismo y atento algunas noticias periodísticas de amplia circulación en la provincia aclara ampliando también la acción de amparo que la prohibición por inconstitucional debe alcanzar también a cualquier otro Protocolo, Manual de Instrucciones, Guía o praxis, que cualquier centro de salud radicado en la Provincia de Córdoba sea éste gestionado por algún Municipio, el Estado Nacional, una Obra Social, una Prepara.. de carácter Mixto, o algún ente o propietario privado, pretendiera utilizar para realizar abortos en los términos de los incs. 1 y 2 del art. 86 del C. Penal. Incluso hasta podría darse el caso fraudulento en que la PROVINCIA emita una nueva Guía, similar a la anterior. y pretendiera de ese modo eludir la presente acción. Solicitan además que la PROVINCIA DE CORDOBA ejerza efectivamente el poder de policía y la administración sobre salud en todo el territorio provincial. Esto, naturalmente, forma parte esencial del objeto de la acción de amparo, que queda también de este modo suficientemente aclarada y ampliada. De conformidad con la ampliación de la acción de amparo, solicitamos a V.S. una nueva medida cautelar o una ampliación de la anterior, para que en ningún centro de salud cualquiera sea su propietario o gestor-, se efectúen prácticas de aborto en caso de violación, se funden estos en la Guía Ministerial o en cualquier otro manual de procedimiento o praxis elaborada en el centro sanitario.

5.- A fs. 130, el día 16/04/2012 comparece el Dr. Sebastián LOPEZ PEÑA, Director de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro, quien solicita la participación de ley, el préstamo del expediente, y la suspensión de los términos procesales.-

6.- El Tribunal provee mediante el decreto del 17/04/2012 (fs. 134/135), en los siguientes términos: Proveyendo a fs. 130: Por presentado, por parte en el carácter invocado, y con el domicilio constituido. Atento lo solicitado y constancias de autos (cfr. fs. 132/133), suspéndase el plazo que se encontraba corriendo con relación a la medida cautelar trabada en autos, el que comenzará a regir en su totalidad desde la notificación del presente decreto.

Proveyendo a fs. 128: Por presentado el Dr. Jorge Rafael SCALA, y por parte en el carácter invocado. Manifiesta la parte actora que viene por dicho acto a ampliar la acción de amparo, solicitando expresamente la declaración de inconstitucionalidad de los incisos 1° y 2° del art. 86 del Cód. Penal, fundando ello en lo expresado en el escrito inicial. Atento el estado procesal de la causa, y lo dispuesto en el art. 179 del CPCC (interpretado a contrario), téngase por ampliada la demanda en cuanto pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Cód. Penal, incisos 1° y 2°. Hágase saber a la parte actora que al notificar la demanda, deberá también acompañar copia de la ampliación obrante a fs. 128. A LA CAUTELAR SOLICITADA. En la misma presentación, la accionante solicita una nueva medida cautelar, o una ampliación de la anterior, en el sentido de instruir a la demandada (PROVINCIA DE CÓRDOBA) a que ejerza los poderes que le otorgan tanto la Constitución Nacional, cuanto el art. 59 de la Constitución Provincial, a tomar todos los recaudos necesarios para que en todo el territorio provincial, en ningún centro de salud -cualquiera sea su propietario o gestor-, se efectúen prácticas de aborto en caso de violación, se funden éstos en la Guía Ministerial o en cualquier otro manual de procedimiento o praxis elaborado en el centro sanitario. Señala además que la orden debe alcanzar a cualquier centro de salud radicado en la Provincia, sea éste gestionado por algún Municipio, el Estado Nacional, una Obra Social, una Prepaga, de carácter Mixto, o algún ente propietario privado. Asimismo, agrega que podría elaborar otro manual de prácticas, similar al anterior, y de este modo eludirse la presente acción. Ingresando a la cuestión planteada, cabe señalar que: 1) En el párrafo tercero del art. 59 de la Constitución de la Provincia se dispone: "La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud". 2) Tanto en la Ley 6.222 como en su Decreto Reglamentario 33/08, y de la reciente Ley 10.029 y el Decreto 2565/11 surge con claridad cuál es el ámbito de competencia funcional y los alcances del Poder de Policía de la Provincia, en el sentido de que "Se considera Establecimiento Asistencial, ya sea público o privado, a todo aquel que se destine a la realización de acciones de promoción, protección y/o recuperación de la salud, a la educación física, recuperación estética y rehabilitación de personas para el cuidado o recreación de las mismas y a cualquier otra forma de prestación de servicios asistenciales" (art. 1 del Dec. 33/08); siendo la Autoridad de aplicación el Ministerio de Salud de la Provincia (art. 2 del Dec. 33/08); asimismo, que compete al Ministerio de Salud La propuesta y aplicación de la política sanitaria en todo el territorio provincial (art. 26 inc. 2° del Dec. 2565/11), La fiscalización del funcionamiento de los servicios y la administración de las instituciones y establecimientos públicos y privados de su jurisdicción (art. 26 inc. 4° del Dec. 2565/11) y El ejercicio del poder de policía en todo el territorio provincial conforme a las atribuciones, derechos y facultades otorgadas por la legislación vigente y el ejercicio del carácter de Autoridad de Aplicación de todas las normas específicas referidas a su competencia, en particular las que se refieren al Equipo de Salud Humana (art. 26 inc. 27° del Dec. 2565/11). 3) Que, en consecuencia, quedan claramente excluidos del ámbito del Poder de Policía aquellos Establecimientos de Salud que dependen exclusivamente el Estado Nacional, en los que la Provincia de Córdoba no ejerce el Poder de Policía. 4) Que lo señalado no obsta aclarar que, en lo que respecta a los Establecimientos de Salud de carácter Privado, la Provincia de Córdoba ejerce su Poder de Policía, tal cual surge de las normas indicadas y con los alcances que surgen de tal legislación, motivo por el cual mal puede afirmarse que se ha limitado de alguna manera el alcance de la medida cautelar a ciertos Establecimientos de Salud, excluyéndose a alguno de los que se encuentren sometidos al Poder de Policía de la Provincia. En el decreto mediante el cual se ha admitido la medida

cautelar solicitada por la amparista no se efectuó distingo o limitación alguna, motivo por el cual debe entenderse que la medida cautelar alcanza a todos los Establecimientos de Salud en los que la Provincia de Córdoba, por intermedio del Ministerio de Salud, ejerce el Poder de Policía. 5) Que lo peticionado por la amparista, excede la competencia del suscripto, motivo por el cual deberá ocurrir por la vía que corresponda. 6) Que se denuncia como probable la emisión de un nuevo manual de prácticas lo que sólo constituye una hipótesis sin sustento alguno, motivo por el cual nada puede proveerse al respecto. Por todo ello, RESUELVO: Rechazar la medida cautelar peticionada a fs. 128 por la amparista Portal de Belén Asociación Civil .-

7.- A fs. 138/141, el 17/04/2012, la parte demandada apela la medida cautelar otorgada en autos. -

8.- Mediante decreto del mismo día (fs. 142) se concede el recurso de apelación, disponiéndose el trámite de ley.9.- A fs. 189/196, con fecha 23/04/2012, comparece la ASOCIACION CIVIL POR EL DERECHO A DECIDIR, a través de su representante, Marta ALANIS (DNI 6.025.275).-

Solicita ser tenida como tercera coadyuvante, en los términos de los artículos 431 y 432 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba que rige supletoriamente el presente proceso de amparo. Conforme surge de su estatuto, la Asociación Civil por el Derecho a Decidir es una Organización No Gubernamental sin fines de lucro que tiene entre sus objetivos el de «... propiciar la reflexión-acción sobre cuestiones tales como: derechos reproductivos, sexualidad, salud y ciudadanía de la mujer...». Por su parte, en el art. 2 se prevén una serie de objetivos generales, entre los que se encuentra B- Desarrollar acciones específicas dirigidas a mujeres en general y C- Favorecer la instalación y la continuidad de diálogos públicos acerca de temas relacionados con la reproducción humana.. Finalmente, el art. 3 establece los siguientes objetivos específicos: Esclarecer a la sociedad sobre la responsabilidad y el derecho de las mujeres a una maternidad escogida y deseada, con un intento de disminuir la incidencia de aborto y mortalidad materna; B-Sensibilizar al Estado y la sociedad para que sean implementadas políticas públicas que garanticen a las mujeres el efectivo gozo de su salud reproductiva; C- Contribuir a la reflexión y discusión de los patrones socio- culturales vigentes en relación a la sexualidad y la reproducción; E- Contribuir a la reflexión crítica relativa a políticas poblacionales y la sustentación de la vida en el planeta . Resulta evidente, entonces, que esta asociación tiene como objetivo fundamental la defensa de intereses que están en juego en este proceso, y que toman el cariz de un derecho de incidencia colectiva (art. 43 de la Constitución Nacional), tal como lo es el derecho a la salud de las mujeres de la República Argentina y, específicamente de la Provincia de Córdoba, que se encuentra amenazado por la pretensión de la actora y la medida cautelar dispuesta en autos. Además, esta presentación tiene como objetivo, precisamente, dar cumplimiento con la Constitución Nacional y con los compromisos internacionales que asumió la República Argentina al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En este contexto, la organización que aquí se presenta actúa en la presente causa en representación del grupo de mujeres que ya se encuentran afectadas con la vigencia de la medida cautelar y que se encontrarían afectadas en sus derechos en caso de prosperar la presente acción. La falta de sanción a la fecha- de la ley que regule los requisitos y forma de organización de las asociaciones según manda el artículo 43 de la Carta Magna, no ha sido

óbice para reconocerle legitimación a las que se presenten en las condiciones actuales. Ésta es la posición que se impuso en doctrina y jurisprudencia. A sólo título enunciativo, la Corte Suprema de la Nación reconoció legitimación a de las asociaciones para actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva en las causas *Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional* (CSJN, mayo de 1998); *Asociación Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A.) y. Provincia de Buenos Aires* (Fallos: 320:690, 22/4/97); *Asociación Benghalensis y otros y. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social* (Fallos: 323:1339, 1/6/2000); *Portal de Belén* (Fallos: 325:292); entre muchos otros. La Corte Suprema también le reconoció legitimación a una ONG con un objeto similar al de la accionante, en un expediente en el que pretendió discutir la constitucionalidad de la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable por supuesta violación del derecho a la vida, a la patria potestad y a la salud de las mujeres (*Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro - filial Córdoba - c/ E.N. - P.E.N. - M° de Salud y Acción Social de la Nación - amparo*. En esta oportunidad, la Corte (adhiriendo al Dictamen del Procurador General), mantuvo que el art. 43 del texto constitucional reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa entre los que se encuentran las asociaciones por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Así, esta Procuración General ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, una ONG como la actora está habilitada para promover una acción colectiva tras constatar la finalidad de la organización con el pedido del caso, con igual criterio quien aquí se presenta, organización que tiene como objeto promover la salud y tomar acciones vinculadas con a la salud y la ciudadanía de las mujeres, está también habilitada a participar en este proceso judicial en carácter de tercero en defensa del derecho a la salud y los derechos humanos fundamentales que de él dependen para las mujeres involucradas. De hecho, este ha de ser el criterio sostenido por el suscripto en autos, caso contrario no se hubiera podido admitir la presente acción de amparo y en consecuencia, dictar la medida cautelar decretada, si no considerara que la Asociación actora presentante se encuentra legitimada para actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva, aún en ausencia de ley regulatoria. Está claro que en el presente caso existe un interés legítimo que justifica la participación de la presentante, en razón de que la medida cautelar cuestionada perjudica directamente a las mujeres que ya no pueden ni podrán acceder a los servicios de salud para realizar la práctica del aborto no punible, al haber sido deslegitimada judicialmente la decisión del Estado Provincial de garantizar a las mujeres el acceso a esos servicios de salud. Del presente escrito surge, entonces, que los derechos alegados por quienes aquí se presentan, son claramente contrapuestos con el objeto de la demanda, por lo que es razonable que lo peticionado tramite en un solo juicio. La medida cautelar dispuesta en autos afecta actualmente la prestación de un servicio esencial que deber ser garantizado por el Estado, no denegado. De la misma manera se verían afectadas las mujeres en caso de prosperar la presente acción amparo. En caso de no admitirse esta Intervención, se pretenderá imponer al colectivo de mujeres la cosa juzgada de una sentencia recaída en un proceso del que no formaron parte y que las afecta directamente en sus derechos fundamentales. Por demás está señalar que el rechazo de la pretensión de ser tenidas como terceras coadyuvantes redundaría, además, en una grosera

violación del derecho a la igualdad, ya que en el mismo proceso de amparo fue admitido como legitimada activa una Asociación Civil Portal de Belén-, que aduce la protección de un interés colectivo. Así, sostuvo el Máximo Tribunal que Cabe reconocer la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir -mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias- un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa (conf. C. 354.XXV. Cadopi, Carlos Humberto ci Buenos Aires, Provincia de si acción declarativa' pronunciamiento del 13 de junio de 1995) . Cita más jurisprudencia en su apoyo. Es importante tener presente que en estos autos S.S. ha admitido en carácter de legitimada activa a una Asociación Civil que tiene por objeto la defensa un derecho colectivo, aunque más bien difuso. Esta Asociación demandante se sitúa como representante de un valor más que de personas de existencia visible actual. O si se prefiere, de potenciales personas que aún no existen. En ese marco tan amplio de representación procesal, resulta absolutamente incontestable entonces, la legitimación procesal para actuar como terceros coadyuvantes de la Asociación que defiende los intereses de un grupo de mujeres que ya existen, que son las destinatarias directas e inmediatas de la Resolución Ministerial de la Provincia de Córdoba y la legislación de fondo nacional (art. 86 inc. 1 y 2) en disputa, y que resultan ostensiblemente agraviadas con la limitación a sus derechos reproductivos y autonomía personal. Resulta elocuente la capacidad procesal de representación de esta parte, en especial si se tiene en cuenta la ya concedida representación procesal a la Asociación que ha incitado la acción. Por cierto que cualquier solución que no admitiera la legitimación de la suscripta en el sub lite sería claramente contradictoria con la decisión de aceptar la de la actora ya que resulta claro que la normativa aplicable es la misma. Reconocida, pues, la incidencia colectiva de la cuestión, corresponde que se garantice el derecho de defensa en juicio de todos los potenciales afectados a través de su participación en el proceso. No cabe duda alguna que la defensa del derecho a la salud que aquí se encuentra en debate, más allá de su evidente ejercicio individual, resulta ser un derecho colectivo en los términos del art. 43 CN, ya que la decisión judicial tendría, a la luz de los amplísimos términos de la petición de la actora, graves consecuencias para todas las mujeres en edad fértil usuarias o potenciales usuarias del sistema de salud de la Provincia de Córdoba que pretendan acceder a la práctica segura del aborto en los casos del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal. Resultan plenamente aplicables los argumentos desarrollados por el Procurador General en la citada causa Asociación Benghalensis al fundar la legitimación activa de la asociación que había promovido la acción de amparo: .... En este sentido, es necesario recordar que el Tribunal ha declarado que, siempre que la petición no tenga un carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuya ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye una causa en los términos de la Ley Fundamental (conf., entre otros, 3 10:606, 977 y 2812). Según mi parecer, es dable concluir que, en el sub examine, se configura un caso contencioso, en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y del art. 2 de la ley 27, para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, toda vez que existe un perjuicio concreto, actual e inminente... (fallo cit., pág. 1353). En consecuencia, resulta obvio que esta presentación no tiene un carácter simplemente consultivo y tampoco importa una indagación meramente especulativa ya que tiene como objetivo defender, en forma actual, el derecho a la salud y la autonomía de todas las mujeres de la Provincia de Córdoba; razón por la cual torna urgente y necesaria nuestra participación como terceros interesados en los términos previstos en legislación vigente y

adecuados al presente proceso de amparo en protección de intereses legítimos. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido que Empero, también es real que la institución [intervención de terceros] ha sido pensada y regulada por el legislador local con basamento en diversos principios procesales y constitucionales tales como la defensa en juicio, la seguridad jurídica, la economía procesal, al exigencia de evitar el escándalo de sentencias contradictorias y la propia finalidad del proceso civil y comercial instituido para hacer actuar el derecho de fondo. (Tribunal Superior de Justicia, en el caso Banco Hipotecario S.A. c/ Raúl Sirilo Allendez s/ Ejecución Hipotecaria. Recurso Directo , Fallo N° 272 de fecha 03/10/2007). Cita más jurisprudencia y doctrina. Agrega que en nuestro caso, resulta más evidente aún el interés en que se la admita por terceros coadyuvantes, pues las presentantes serán afectadas en forma directa por la sentencia que se pronuncie, debido a que si se confirma la sentencia dictada, se afectará los intereses de las aquí presentadas de manera elocuente. Por tal razón cabe reconocer la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir -mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias- un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa. En el caso de autos, la existencia del interés de quienes aquí se presentan es manifiesta, toda vez que la medida cautelar recaída en estos autos y la sentencia que se dicte, alcanza al grupo de mujeres que pretende representar, en un caso típico de incidencia colectiva, y la legitimación que la organización presentante se ejerce respecto de aquellas personas afectadas.

Violación del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Por todo lo expresado en el punto anterior, la admisibilidad de la intervención de terceros es fundamental, ya que su negación implica la vulneración de normas procesales y principios constitucionales tales como el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa en juicio. Esto, a su vez, se ve agravado particularmente en el caso de autos, en virtud de que se trata de un proceso que decide y afecta a un colectivo de mujeres usuarias o potenciales usuarias del sistema de salud de la Provincia de Córdoba, sin que ninguna de ellas pueda articular defensas procesales y sustanciales en relación a sus derechos constitucionales vulnerados en el presente proceso.

En este sentido, es importante tener en cuenta que ante la ausencia de regulación de la acción de amparo colectivo es fundamental la utilización y adecuación de las herramientas disponibles en la normativa procesal a los fines de garantizar los derechos de las personas cuyos intereses pueden verse afectados por la sentencia y que actualmente se encuentran afectadas por la medida cautelar dispuesta por el suscripto. Es, entonces, imprescindible en este tipo de procesos dar intervención a los terceros que puedan verse afectados por estas resoluciones que tienen alcance colectivo que en el caso de autos, son las mujeres que no pueden acceder a los servicios de salud para realizar la práctica de abortos no punibles. Sin embargo, y a pesar de la afectación directa y exclusiva de las mujeres usuarias de los servicios de salud en el territorio provincial que la medida cautelar dispuesta tiene y la sentencia podría tener, no estuvieron representadas en el proceso de autos, no hubo oportunidad de controlar u ofrecer prueba, y sus derechos no han sido siquiera considerados. Esto habla de la situación de indefensión absoluta de las alcanzadas y afectadas por la cautelar en crisis y más aún si no se concede la participación aquí solicitada y la acción prosperara.

El derecho al debido proceso incluye el de defensa en juicio, que exige que ninguna persona vea limitados sus derechos por una sentencia sin haber tenido antes la oportunidad de ser

oída por el tribunal, y de ofrecer y controlar la prueba, entre otras cosas. Para dar cabal cumplimiento a este derecho fundamental, se requiere una interpretación de la normativa procesal que se adecue a las características de este proceso de amparo, que no supongan dilaciones ni entorpecimiento que redundarían en una obstrucción del acceso a la justicia. Si bien ni el art. 43 de la CN ni la ley 4915 de Amparo, refieren específicamente la intervención de terceros, la doctrina especializada en la materia sostiene que la procedencia del instituto intervención de terceros resulta de aplicabilidad general por lo que se debe considerar utilizable también en la vía protectora ... adaptada a las finalidades y características de la acción, de modo de no desvirtuarla ni obstruir su rápido desarrollo, máxime ante su configuración constitucional La imposibilidad de aceptar la formación de incidentes hará que el juez, ante la petición del interesado adopte el temperamento adecuado (Rivas).

En este sentido, la interpretación armónica y sistemática de la Ley 4915 que rige este amparo y de los art. 431 y 432 del Código Procesal Civil cordobés que rigen de manera supletoria, debe hacerse de manera que no se afecten los derechos y garantías fundamentales del derecho de defensa y debido proceso, ni se desnaturalice la esencia de la presente acción. Es decir, se debe hacer lugar a la intervención aquí solicitada por la Asociación por el Derecho a Decidir, sin darle trámite a través de la vía incidental, pues ello sería equiparable a la denegación de la intervención, ya que se excluiría de manera Indirecta a esta Asociación del proceso, al no poder articular las defensas procesales y sustanciales hasta tanto se resuelva el incidente en cuestión. En otras palabras, habrían transcurrido los plazos acotados para apelar la medida cautelar cuestionada y la oportunidad procesal para esgrimir nuestra defensa ante la acción aquí planteada y que tiene alcances colectivos. Todo ello en concordancia con los derechos constitucionales y fundamentales que se encuentran en juego en el presente proceso de amparo y que esta Asociación pretende defender, ya que en este proceso se ha impedido que quienes se verían alcanzadas por la sentencia y ya lo están en virtud de la medida cautelar dictada, tengan la oportunidad de presentarse en el juicio y hacer valer sus derechos, en clara violación de sus derechos de acceso a la justicia, defensa en juicio y del debido proceso, reconocidos en los arts. 18, 39, 40 y 41 de la Constitución Provincial, 18 CN, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba también ha destacado la importancia de garantizar el debido proceso y defensa en juicio, y el carácter instrumental de la regulación procesal a esos fines, afirmando que las normas de procedimiento y sus reglamentarias, no se limitan a una mera técnica de organización de procesos, sino que tienen por finalidad y objetivo, regular el ejercicio de derechos y lograr la concreción del debido proceso, en cada caso en salva guarda del derecho de defensa enjuicio (C.S.JJ. Fallos: 310:870; 319:1263) (STJ, Sala Laboral, Werner, Enzo W. c. Lyder Electrónica y/u otro, 28/02/2006, LLC 2006, 458). Así lo dispone expresamente el art. 8, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, elevado a rango constitucional, que dispone que Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter . Cabe también recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez sostuvo que la obligación de los Estados Partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el

aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4). En función de este deber de garantía, no puede invocarse válidamente la omisión de una regulación específica para tramitar los amparos colectivos para justificar la violación de los derechos de debido proceso y defensa en juicio, reconocidos expresamente en el art. 8 de la CADH. Por otra parte, esta prohibición también viene dada por los artículos 18, 39, 40 y 41 de la Constitución Provincial, y por los artículos 1º, 5, 18 y 31 de la Constitución Nacional, que obligan a las Provincias a acatar y garantizar los derechos en juego. Finalmente, también es de aplicación la reiterada doctrina constitucional emanada de la Corte Suprema, que ha establecido que las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, y que los preceptos constitucionales reclaman el goce y ejercicio pleno de las garantías e imponen a los jueces el deber de asegurarlas.

Los derechos vulnerados actualmente por la medida cautelar dispuesta en estos autos y los que se encontrarían violentados en la sentencia que decida el fondo de la cuestión aquí planteada, son fundamentalmente el derecho a la salud y que incluye el derecho a la atención de la salud reproductiva y a la autodeterminación reproductiva, el derecho a la libertad, seguridad e integridad personal, el derecho a la privacidad, el derecho a la igualdad y la no discriminación y el derecho a la educación sexual y el acceso a la información. Todos derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.-

El derecho a la atención de la salud es el origen del deber gubernamental de garantizar la atención de la salud en general y la salud reproductiva en particular. Este deber incluye la implementación de medidas para promover la maternidad voluntaria y sin riesgos, así como la interrupción del embarazo en los casos autorizados por la ley (art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal). Sus bases jurídicas son los instrumentos internacionales que protegen la vida y la salud (Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 3, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos art. 6, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 2). El derecho a la autodeterminación reproductiva se basa en el derecho a planear la propia familia, e incluye el derecho a determinar libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos y a tener información y medios necesarios para ello. Estos derechos reproductivos, están consagrados en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW - por sus siglas en inglés) art. 11, 12, 14 y 16 y la Convención de los Derechos del Niño y la Niña, art. 24. A su vez, el derecho a la salud y los derechos reproductivos se vinculan con otros derechos fundamentales reconocidos tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como: El derecho a la libertad, seguridad e integridad personal (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9). En este caso, la vigencia de la medida cautelar dispuesta deja a las mujeres sin acceso a los servicios de salud y, por lo tanto, las fuerza a recurrir a los sistemas clandestinos en los que se las somete a prácticas de alto riesgo para su vida, su salud, su seguridad e integridad personal aún cuando se encuentran en las situación de exclusión de punibilidad previstas en el artículo 86 incs. 1 y 2 del Código Penal de la Nación. El aborto clandestino se conforma como una de las principales causas de muerte materna en nuestro país, que podrían reducirse garantizando el acceso a los

servicios de salud, tal como está previsto en la Guía de atención de abortos no punibles del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba (Resolución 93/12). Sólo el desconocimiento profundo de esta situación podría dejar sin acceso a esa cantidad de mujeres al servicio de salud. De lo que se trata es de reducir las muertes por abortos practicados en condiciones inseguras, no de aumentarlas al forzar la realización de la práctica en la clandestinidad. Es por ello que el Estado debe garantizar el acceso a los servicios de salud en lugar de denegarlos. El derecho a la privacidad que se encuentra protegido en diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos, tales como el art. 12 de la Declaración Universal y el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño. Su relación con el derecho a la salud y los derechos reproductivos se evidencia en cuestiones como el secreto médico profesional, las solicitudes de consentimiento informado y/o la autorización de terceros/as para intervenciones sobre el propio cuerpo. El derecho a la igualdad y a la no discriminación (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 y 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales arts. 2 y 3). Aquí se incluye el derecho a decidir a formar una familia, el derecho al acceso a servicios de salud sexual y reproductiva oportuna y de calidad. El Comité CEDAW en su Recomendación General Número 24 sobre la mujer y la salud, expresa que la obligación de respetar los derechos exige que los Estados partes (como la Argentina) se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por las mujeres para conseguir sus objetivos en materia de salud. El derecho a la educación sexual y acceso a la información. El derecho a la educación se encuentra contemplado en los arts. 19 y 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el art. 26 de la Declaración Universal y en los arts. 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a la educación contempla, a su vez, el derecho a la educación sexual.

El agravio es directo contra el derecho de las usuarias de los servicios de salud dependientes del Estado Provincial y sobre los cuales éste ejerce el poder de policía, y deviene de la pretensión deducida en el caso por la cual se busca la inaplicabilidad por inconstitucional en todo el territorio de la Provincia de la Resolución del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba número 93/12 del 30 de marzo de 2012, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, así como la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal de la Nación Argentina hoy vigente. -

El agravio es ya actual, a partir del dictado de la medida cautelar dispuesta en el decreto de fecha 13 de abril de 2012, por el que se dispone la suspensión de la Resolución y Guía antes mencionadas, sin la participación de una sola de las mujeres afectadas, a quienes esa resolución les resulta aplicable, en cuanto regulación razonable de su derecho humano básico a la salud y los directamente vinculados con él. Esta Resolución cuya aplicación fue suspendida se fundamenta sosteniendo en sus considerandos Que ante la presentación de casos en distintos lugares del país se puso de manifiesto la necesidad de adoptar un criterio que permitiera resguardar los derechos de las mujeres que requerían dicha práctica -abortos no punibles-, como así también el de los profesionales del equipo de salud. Es decir, la medida cautelar atenta directamente contra una Resolución que claramente, se dispuso en protección del derecho de la salud de las mujeres. Son todas esas mujeres las que han quedado sin resguardo y han resultado perjudicadas, dado que no han sido oídas ni considerados sus derechos fundamentales por S.S. en esta causa, por lo menos, hasta el momento. Tanto la pretensión de fondo -que se resolverá en la sentencia definitiva- como la decisión que hace

lugar a la medida cautelar, tienen alcance general e indeterminado, impactando de manera colectiva en los derechos de raigambre constitucional de un grupo indefinido pero claramente identificable de mujeres. Este colectivo se integra por todas aquellas mujeres cuyo embarazo ponga en peligro su salud o su vida y/o sea producto de un abuso sexual. Una resolución sobre su vida, su cuerpo y sus libertades reproductivas que no les conceda el derecho a ser oídas, o al menos, representadas en sus intereses específicos estaría violando abiertamente los principios del debido proceso. Respecto de estas mujeres, la garantía del acceso al aborto no punible tiene un impacto directo y significativo en su salud, aspecto particular de su derecho constitucional a la salud que involucra el goce de otros derechos de igual jerarquía constitucional. Y el impacto es colectivo, se proyecta homogéneamente y de manera estructural sobre todo el colectivo de mujeres embarazadas en las circunstancias previstas en el art. 86 inc. 1 y 2, es decir, las mujeres fértiles potenciales usuarias del sistema de salud. El caso de autos no sólo involucra con incidencia colectiva el derecho a la salud (y en particular a la salud reproductiva) de un grupo significativo de mujeres, sino que compromete de manera directa la continuidad y normal prestación de un servicio público y privados sometidos al poder de policía de la Provincia de Córdoba en un aspecto particular y claramente delimitado, de grave impacto social. Tal como la Corte Suprema ha sostenido en el caso Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo del 31/10/06 (Fallos 329:4741) la regularidad y normal cumplimiento y desarrollo de un servicio público, en particular, de salud, constituye un bien jurídico de incidencia colectiva, expresamente consagrado en el art. 42 CN y en su vinculación con el bien jurídico colectivo también reconocido por la CSJN de la salud pública (cfme. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, 01/06/2000, Fallos 323:1339). Dada la existencia de estos derechos y bienes de incidencia colectiva, es innegable el derecho a participar en este proceso de las asociaciones dedicadas a la promoción o defensa de tales derechos (salud pública, normal prestación del servicio público), pero en particular y con mayor razón, de una Asociación cuyo foco central es la salud de las mujeres, siendo estas las destinatarias directas de la Resolución y normativa de fondo en debate, y cuyos intereses están directamente involucrados con el destino de este proceso. Por ello es que resulta imperioso, a fin de garantizar el debido proceso, la admisión de la intervención de terceros institucionales, como la ONG aquí presentante, que traigan estas voces, estos intereses y derechos a la consideración de los tribunales, pues la decisión que finalmente se adopte impactará directamente sobre ellas.

Su posición jurídica resultará coadyuvante a la posición de la parte demandada. -

No está aquí en defensa de actos propios, la legalidad de nuestro accionar, o el bien público en general, como le toca hacer al Estado. Está aquí como terceras interesadas, representantes de un colectivo parcial, cuyos intereses específicos son directamente agraviados por la medida cautelar que suspende la aplicación de la Resolución en cuestión y pretende la inconstitucionalidad del art. 86 inc. 1 y 2. Más allá de cuál haya sido la posición y argumentación jurídica que realizare el Estado demandado, nunca podría representar, ni menos aún suplir su propia legitimidad para defender sus derechos ante los tribunales de la Provincia.

Circunstancialmente su pretensión estará del mismo lado de la controversia que el Estado provincial, pero los intereses y derechos cuya consideración traen a los Tribunales no son los intereses y derechos del Estado, ni intereses y derechos cuya representación judicial sea

atribuida al Estado, sino que son del colectivo de afectadas respecto del cual la Inspección General de Personas Jurídicas, y la Constitución Nacional nos ha reconocido legitimación procesal.-Ofrecen prueba. Formulan reserva del Caso Federal. Piden se admita su intervención como tercero coadyuvante voluntario en la presente causa y oportunamente, se corra traslado de la demanda de amparo y de la medida cautelar en cuestión, a los fines de articular las defensas que por derecho correspondan.

10.- A fs. 197, el 23/04/2012, el Tribunal provee dicha presentación en los siguientes términos: Córdoba, 23 de abril de 2012. Atento el interés invocado y lo prescripto por el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional, otórgase la participación solicitada, con el domicilio constituido. Notifíquese. Al pedido de traslado de la demanda: oportunamente, una vez firme el presente proveído. Al traslado de la cautelar: no ha lugar por no corresponder .-

11.- A fs. 200/201, con fecha 24/04/2012, la parte actora apela el decreto que concede parcialmente la medida cautelar.

12.- A fs. 202, el 24/04/2012, el Tribunal concede el Recurso de Apelación.

13.- A fs. 204, el 24/04/2012, el apoderado de la demandada solicita la formación de un cuerpo de copias a los fines de tramitar el recurso de apelación.-

14.- Ello se provee favorablemente mediante el decreto del 24/04/2012 (fs. 202), en los siguientes términos: Córdoba, 24 de abril de 2012. Agréguese. Atento los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, concedidas por decretos de fechas 17/04/2012 (fs. 142) y 24/04/2012 (fs. 202), hágase saber que, firmes ambos proveídos, se formará cuerpo de copias a fin de tramitar los recursos por ante la Cámara Ad-quem, quedando la extracción de las mismas a cargo de las partes .

15.- A fs. 231/244, con fecha 26/04/2012, la parte demandada evacua el informe del art. 8 de la Ley 4915.

a.- Indica que la acción se interpone a través de la persona jurídica Portal de Belén . Esta asociación intenta arrogarse según manifiestan en su demanda- la representación de todos los niños por nacer en la Provincia, y ello porque ...la persona por nacer no puede actuar por sí sino que debe hacerlo a través de su representante legal, y es precisamente su propio representante legal-la madre-, quien pretende quitarle la vida , por ello se encuentran facultados, según su criterio, para interponer la acción de amparo.-

Invocan falta de legitimación activa de la actora. Dice que desconoce las prerrogativas que se atribuyen los representantes de esta agrupación Portal de Belén , puesto que no pueden erigirse en representantes de quienes no los han designado tales. Pretenden representar a los nasciturus, en el vientre materno, sin mediar acto alguno que justifique tal designación. Intentan de esta manera violentar el derecho a la privacidad de la madre, imponiendo una conducta (continuar el embarazo) que la legislación vigente les faculta interrumpir, siempre que tal estado sea producto de una violación. Pretenden, de esta manera, impedir que la madre haga uso de sus derechos constitucionales para garantizarse salud ante un evento de semejante magnitud como lo es el ultraje a su persona e integridad sexual, como consecuencia de la violación sexual de la que ha sido víctima. Lo que determina el art. 86 del C.P.N. son los casos en que los abortos a realizarse no son penalmente punibles. No se obliga a la madre a realizarse un aborto, sino que se le brinda la opción, en los casos determinados en los incs.

1 y 2, de poder acudir a esta vía de interrupción del embarazo, por las causales legalmente contempladas. Reitera, la mujer embarazada por un acto (delito) de violación, PUEDE OPTAR, si continuar el proceso de gestación o interrumpirlo. Los argumentos esgrimidos por la parte actora para fundar su demanda resultan un tanto extremos, efectistas, y ciertamente falaces, por ejemplo: . . .si no se habilita en la especie la vía del amparo, por aplicación de la Resolución aquí atacada, serán matados millares de niños . Sobre la resolución impugnada, que . . . su único objetivo es provocar el homicidio prenatal del hijo de la gestante peticionante de la muerte por sí o por sus representantes legales , o Si no se habilita en la especie la vía del amparo, por aplicación de la Resolución aquí atacada, serán matados millares de niños . En el Estatuto del Portal de Belén , se determinan como fines de esta institución 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 . Podrá observarse que la acción intentada evidentemente no deriva de este objeto social, desde que al momento de intentarse obligar a la madre a concebir el fruto de una violación, no hay libertad. No lo hay tampoco desde que se desconoce un fallo del Máximo Tribunal del País que va a contramano de lo pretendido por los actores, en un decisorio (F.A.L. medida autosatisfactiva) citado y evidentemente conocido por éstos. Otro objetivo de la Asociación es Ayudar, apoyar y brindar asistencia integral a mamás solas en situación de conflicto a fin de que consoliden la relación con sus hijos . Nada dice este estatuto de que tales hijos sean producto de una violación, y no puede entenderse esto como situación de conflicto , ya que tal denominación aparece como extensiva a situaciones no determinadas y libradas a la imaginación. La extensión y amplitud de los objetivos de la asociación, como así también la inexactitud de los mismos, pueden hacer que sus titulares se crean con derecho a interponer acciones que corresponden a individuos particulares. No los tienen. Es decir, la amplitud de objetivos contemplados en su estatuto fundacional no les autoriza a arrogarse la representación del común de la población, ni de un sector determinado de la misma, sino en todo caso, y en forma exclusiva, de sus integrantes, afiliados, asociados o adherentes, pero no de todo el colectivo humano, o parte del mismo, que habita en la jurisdicción provincial. Si se observa el acta de fs. 9, La Sra. Zulma Corini, y la Sra. Miriam Garcia, ambas de sexo femenino y de edad avanzada, no están presumiblemente en condiciones de procrear, y el resto de los integrantes son de sexo masculino (Dres. Scala y Agrelo), por lo que difícilmente pueda tenérselos como parte activa en un litigio que pretende impedir la vigencia de un protocolo del Ministerio de Salud tendiente a regular el aborto no punible, definitivamente no puede atribuírseles algún tipo de representación del colectivo mujeres embarazadas por violación . Es decir, V.S. la asociación Portal de Belén no está facultada, carece de la legitimación suficiente para interponer la acción que intenta, en nombre y representación de quienes pretende, esto técnicamente se llama carecer de derecho, de legitimidad, facultad o legitimación para estar en juicio, y hacer valer su pretensión ante un órgano jurisdiccional.

En un reciente fallo, Halabi , la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la Ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7º; 311:2580, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros) ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición... Que la regla general en materia de

legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una, cuestión judicial .

Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco ya una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera . Y concluye Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (Halabi Ernesto e PEN ley ley 25873 dto. 1563/04. 24.2.2009).

El colectivo Portal de Belén , carece de legitimación para accionar por quienes pretende hacerlo, como ya lo hemos señalado. No puede representar derechos individuales sin facultades delegadas por sus titulares, ni arrogarse derechos que no le han sido cedidos. Definitivamente, no pueden estar en juicio para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 93/12 ni del art. 86 C.P.N. como extemporáneamente lo han solicitado en su ampliación de demanda. -

b.- Respecto a la pretensión concreta de la actora, dice que los argumentos vertidos a lo largo de un extenso escrito, conducen a interpretar que si V.S. no hace lugar a la acción, prácticamente va a ser cómplice de un genocidio desatado contra los no nacidos. Un absurdo incomprensible. No hace falta calificar semejantes argumentos, que se adjetivan solos, por sí mismos, se autodefinen de manera clarísima, aunque no pueden omitir su tratamiento, al menos superficialmente, por la gravedad de lo que pretenden. En definitiva, pone en mayúsculas la pretensión concreta de la actora, para no llamar a engaños ni equívocos de naturaleza alguna sobre cual es el objeto de la presente acción: el estado debe obligar a la mujer violada a mantener su embarazo producto de un delito contra su integridad sexual. Como ha dicho, la pretensión de los actores va, no solo en contra del sentido común, no solo en contra de lo dispuesto por el art. 86 del C.P.N. (vigente desde hace décadas) , sino también en contra de lo resuelto por la Corte Suprema en el caso F.A.L. ... hace escasos días atrás, sentencia que ha tomado la trascendencia institucional que corresponde, ha sido ampliamente difundida por todos los medios de información del país y ha sido receptada por la población con el respeto y acatamiento que el prestigio de los integrantes de nuestra Corte Suprema como Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país amerita. Aunque ésta situación reconozca algunas excepciones, como la que nos ocupa, donde un sector claramente definido pretende realizar una cruzada contra los derechos humanos en el país. Respecto de este fallo (F.A.L....), sobre esta sentencia señera y erudita de la Corte Suprema, manifiestan que: El fallo no es una sentencia judicial ; Las exhortaciones de los jueces no obligan a nadie ; que existe una ... reinterpretación contra legem del art. 86, inc. 2 del Código penal . Se busca, en síntesis, que V.S. haga lugar a la acción de amparo presentada, vaya en contra de lo resuelto por la C.S.J.N. en la materia, violente el principio de uniformidad de la jurisprudencia, el de concentración y celeridad procesal y se aparte injustificadamente del criterio sustentado por el Máximo Tribunal de la República, violentando la seguridad jurídica, lo que indefectiblemente ocasionará una serie de apelaciones que llegarán ante la mismísima Corte Suprema, que indefectiblemente revocará el fallo que se oponga a lo ya claramente resuelto por este Tribunal. Es decir, un absurdo, un desgaste jurisdiccional inútil, innecesario e injustificable, en perjuicio de muchas personas que durante el tiempo que lleve este trámite, pueden ver afectados sus derechos personalísimos, nos referimos a las madres que en caso de haber sido violadas, y haber quedado embarazadas, quieren interrumpir ese proceso denigrante y degradante de sus derechos íntimos protegidos por los tratados internacionales. Queda claro, que la conducta del Estado, a través del dictado de la resolución cuestionada, es proporcionar a la mujer violada en estado de gravidez la posibilidad de interrumpir el embarazo no deseado, producto de un delito penado por el C.P.N. Hay una diferencia muy grande en el accionar de ambas partes, una pretende imponer, obligar a todos , mientras que el Estado faculta a disponer, en casos específicos. La libre voluntad de las personas tiene también tutela constitucional.

Por otro lado, en su ampliación de demanda, los actores solicitan declare la inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal. Tampoco ofrecen prueba sobre este pedido, que, adelantan, es extemporáneo (el art. rige desde hace décadas). -

Por otro lado, y resultando una cuestión dirimente en estos autos, debemos resaltar que los accionantes han ofrecido exclusivamente prueba documental, por lo que la cuestión a resolver por V.S. se torna DE PURO DERECHO, lo que definitivamente va a facilitar la labor de V.S. para resolver la presente acción constitucional, respetando los plazos que la ley le impone.

No debe V.S. abrir a prueba la causa, y debe resolver en tres días, lo que solicitamos provea de manera urgente una vez incorporado el presente informe. -

c.- Bajo el acápite improcedencia procesal, indica que la acción de amparo contemplada en nuestra legislación garantiza la protección urgente contra todo acto que lesione, restrinja o amenace, con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidas y acordadas por las constituciones de la Nación y de la Provincia (art. 1ro. Ley 4915). Tal normativa es concordante con los arts. 43 C.N. y 48 C.P., como así también con el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Nuestro T.S.J., siguiendo la doctrina de la CSJN, en numerosos pronunciamientos ha demostrado su apego a las fórmulas resultantes de la ley reglamentaria provincial (4915). Así dice que El art.43 de la Constitución reformada, en tanto prevé como condicionamiento del amparo la inexistencia de otro medio judicial más idóneo, no deroga el art.2 inc. a de la Ley 4915, ni hace que la acción de amparo deje de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado, agregando que ... incurren en un grave error quienes interpretan, a raíz de la reforma constitucional, que el amparo se ha constituido en un medio procedimental ordinario, pues continúa siendo un remedio extraordinario y por ende excepcional. (Sala Civil y Comercial, Sent. N° 51, 06/10/97, in re: Egea Andrés (h) y otros c/ Egea Hnos. S.A. Amparo- Recurso Directo, entre otros. -

La resolución 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia no constituye un acto de ilegalidad manifiesta. En diversos precedentes, el TSJ ha establecido que ... la procedencia del amparo está condicionada a que el acto u omisión impugnado, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace el derecho o garantía constitucional con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, la que debe presentarse como algo palmario, ostensible, patente, claro o inequívoco, es decir, visible al examen jurídico más superficial. La Calificación de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que a veces en la doctrina y en la jurisprudencia es reemplazada por la ilegitimidad, revela que el acto lesivo debe mostrar fehacientemente, en su primera apariencia, la violación grosera y ostensiblemente visible del derecho subjetivo de quien promueve el amparo (Bidart Campos). El acto administrativo no es ilegal, no lo es, desde que se dicta en expresa concordancia con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en los autos F.A.L. medida autosatisfactiva ha aclarado los alcances del art. 86 del C.P.N. La resolución no presenta vicio alguno que pudiera derivar en una nulidad, ni inconstitucionalidad, como lo solicitan los amparistas, es decir, no tiene vicios en su legitimidad externa, ya sea por incompetencia de objeto, territorio, tiempo y grado, por vicio de forma (motivación insuficiente, o posterior al acto, etc.), no hay vicio de procedimiento al haberse dictado el acto, etc. Tampoco hay vicios en su legitimidad interna, ya que no hay vicio en el objeto: en primer lugar la ilicitud, que puede derivar tanto de la violación de la constitución o de la ley, como de reglamentos aunque emanen del mismo autor del acto, nuestra jurisprudencia no admite, en cambio, la fuerza vinculatoria de los precedentes, por lo cual el acto que se aparte de ellos no será por esa sola razón ilegítimo (Mairal), para el caso concreto, la resolución sigue a pie juntillas lo resuelto por la Corte Suprema en la materia, y operativiza tal resolución para que puedan practicarse los abortos no punibles en la Provincia de acuerdo a lo establecido legalmente. No hay tampoco vicios en los motivos o causa, o en la finalidad, o en la voluntad de la resolución dictada a tales efectos. Se trata de una resolución administrativa intrínseca y extrínsecamente legal. Cabe agregar que estamos en presencia de un acto discrecional emitido por el órgano competente, para el caso, el Ministerio de Salud, y como tal, exento del control judicial, conforme

reiterada e inveterada jurisprudencia tanto del T.S.J. como de la Corte Suprema. Más aún cuando el mismo ha sido dictado, justamente, acatando una exhortación de la Corte. El mismo autor manifiesta que El poder discrecional de la Administración Pública se justifica esencialmente por razones prácticas. En toda organización administrativa la autoridad debe disponer de un margen de discrecionalidad . La limitación de los poderes de la Administración no debe ser absoluta, pues, así como ha de evitarse el ilimitado arbitrio administrativo, debe asimismo evitarse el automatismo administrativo, al que fatalmente se llegaría si los funcionarios y empleados públicos sólo tuviesen que atenerse a reglas preestablecidas. (Marienhoff). La doctrina local señala que Hoy, la fuente de la discrecionalidad no es la falta o ausencia de la ley , tampoco únicamente la norma previa , sino la unidad del orden jurídico conformada por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho, estén o no en la Constitución . (Sesin). En definitiva, las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia tenidos en cuenta para la emisión del acto discrecional, no pueden ser revisadas judicialmente. En el caso, menos aún cuando estos actos administrativos, derivan en forma directa e inmediata de una exhortación realizada por la Suprema Corte, al aventar cualquier duda que pudiera existir con respecto a la práctica del aborto no punible en la República Argentina.

La Corte en este aspecto, se ha pronunciado en F.A.L. , con la finalidad de disipar cualquier duda que pudiera ocasionar la interpretación del art. 86, incs. 1 y 2. En este sentido, el pronunciamiento es contundente, claro, conciso, de una fundamentación y erudición encomiable. Su lectura resulta verdaderamente didáctica respecto de los valores que están en juego, las prioridades que se otorgan tanto en derecho interno como en el supranacional, y es rico también en citas de dictámenes de órganos supranacionales encargados de hacer observar los tratados entre los países adherentes.

Cabe destacar, que la Corte tiene resuelto que ... es conocida la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a que no obstante que solo decide en los procesos concretos que le son sometidos y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias (fallos:25:365; 307:1094, 315:2386, entre otros). De allí deviene la conclusión de que carecen de fundamento las resoluciones de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en un supuesto como el presente, donde dicha posición fue expresamente invocada por el apelante (CSJN Provincia de Chaco c Rivero, Rodolfo Aníbal 8/apremio. 01.11.2011 La ley online). Y que ...si bien las sentencias de la Corte solo deciden los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia, careciendo de fundamentación los fallos que se apartan de los precedentes del Tribunal sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (fallos 329:493 1; entre otros). En definitiva, la Corte Suprema, en el caso F.A.L. resolvió: Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde: 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada. 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. 3) Exhortar al Poder

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

V.S. al dictar sentencia deberá observar los criterios claramente establecidos por la Corte Suprema en el fallo mencionado, rechazando la acción impetrada, con costas.-

Agrega que no hay lesión, restricción ni amenaza alguna a derechos constitucionales. El acto emana derivado de una sentencia de la Corte Suprema, por lo que está comprendido en el inc. b) ley 4915. Los actores entienden, que la resolución provincial, violenta el derecho a la vida de la persona por nacer. Ello no es así. La determinación de la Corte Suprema en el caso FAL es clara al respecto.

Si acaso quisiera V.S. adentrarse en una cuestión científica, sobre que implica concepción y como los tratados internacionales protegen la vida, cuales son los bienes jurídicos tutelados por las convenciones internacionales, cuales las Comisiones de control y que dictámenes han realizado, ello es una cuestión que como hemos dicho, excede el marco de una acción de amparo, ya que requiere de una mayor actividad probatoria, lo que se encuentra vedado en una acción de características procesales como la que nos ocupa, donde por otro lado, los actores no han ofrecido mayor prueba que documentos generados por ellos mismos. Estamos ante la situación contemplada en el art. 2, inc d) ya que, como lo plantea la parte actora, la cuestión requiere muchísima más prueba que la ofrecida, consistente exclusivamente en documental, creada por la misma parte actora. Para satisfacer lo pretendido por la actora, la actividad probatoria debería ser mucho mayor, lo que excede el marco restrictivo de la acción de amparo.

Como la actora no ha ofrecido mas prueba que una documental, lo que V.S. debe resolver en definitiva, es una cuestión de puro derecho, lo que simplifica más aún la cuestión, al haber sido resuelta ya por la C.S.J.N. que se ha pronunciado por la validez y constitucionalidad del art. 86 del C.P.N.

La intervención judicial compromete la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado, como lo es la garantía de la salud de la mujer violada. La ley de amparo provincial reconoce como impedimento para la procedencia de la acción el hecho de impedirse la prestación por parte del Estado, de un servicio o actividad esencial, lo que se configura en este caso, puesto que de hacerse lugar a lo pretendido por los actores, se impediría al Estado atender los casos de abortos no punibles por tratarse de mujeres que han sido violadas, y desean interrumpir esa gestación producida por un hecho ilícito, en resguardo de su salud. Evidentemente, que la tramitación del amparo va a repercutir e impedir esta prestación elemental, justamente en contra de lo dispuesto por la Corte, que ha removido todos los obstáculos que durante años han encontrado jueces y médicos para impedir la plena vigencia del art. 86 del C.P.N. En el fallo F.A.L. la Corte menciona las sanciones de las que ha sido objeto nuestro país por no garantizar los derechos de la mujer violada, agregando asimismo, que en un reportaje realizado por el periódico Comercio y Justicia, de reciente aparición, la Dra. Aída Kamelmajer de Carlucci, una de las mas respetadas juristas del país, resaltó esta cuestión: la probable condena en los foros internacionales contra la Argentina por no garantizar derechos tutelados por los Tratados Internacionales. Cabe agregar que esta eximia jurista ha criticado la medida cautelar otorgada en su oportunidad por V.S. Transcribe lo resuelto por la CSJN en el caso citado. Resulta claro que la Corte ha realizado un análisis detenido, concienzudo y minucioso sobre toda la

legislación vigente, nacional e internacional, para analizar la operatividad del art. 86 del C.P.N. y fallar en el sentido que lo ha hecho. No cabe mucho que agregar por esta parte, mas que admirar y contemplar semejante prodigio de fundamentación para resolver una causa que hasta aquel momento, presentaba algunas aristas complejas, o de disímil interpretación según el cristal con que se analizara, lo que ha quedado definitivamente zanjado.

Pareciera que la Corte contesta en forma directa y actual las pretensiones de la parte actora, Portal de Belén , al sostener, en sus conclusiones que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 22, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.

d.- Sigue diciendo que la Corte Suprema de justicia ha manifestado que ... el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (énfasis agregado) que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita. La carga de demostrar la inexistencia o insuficiencia de otras vías que permitan obtener la protección que se pretende debe ser cumplida por quien demanda... ( pag. 31 y 32 ob. cit. - En pleno, Sent. N° 121 15/10/99 in re: Acción de amparo interpuesta por José Martín Carabajal y ot. Contra Ley 8575. Recursos de Casación e Inconstitucionalidad ). Las mismas autoras (Keselman/Marcellino) sostienen que En Suma: del análisis de los precedentes del TSJ pueden extraerse las siguientes conclusiones: 1) No obstante la reforma constitucional, el amparo sigue considerándose una vía subsidiaria y excepcional, precedente únicamente en los casos en que no existan vías ordinarias, igualmente eficaces, para la tutela del derecho constitucional que se dice vulnerado. 2) La acción de amparo resulta postergada no sólo ante la existencia de remedios jurisdiccionales que tengan idéntica o similar aptitud para resolver la crisis constitucional, sino también ante la existencia de vías administrativas igualmente idóneas. 3) La aptitud o ineptitud de las vías paralelas como manera de juzgar la viabilidad del amparo dependerá del caso concreto y no puede ser determinada en abstracto. 4) La vía más apta no es la vía más rápida, sino la más adecuada a la naturaleza de la cuestión debatida. (pag. 34 en Spinelli Renato y otros c/ Banco de la Provincia de Córdoba Acción de amparo- Recurso de Revisión (sala Civil y Comercial, Sent. N° 52 , 04/07/96), el TSJ indicó que: ... la ineficacia de la vía ordinaria no puede ser aquella que es propia de la duración normal de un proceso ya que en tal caso, y habida cuenta de la crónica morosidad de nuestro servicio judicial, el amparo dejaría de ser excepcional y se constituiría en un procedimiento ordinario para ejercer múltiples peticiones, desde una indemnización por despido (habitualmente indispensable para asegurar la subsistencia del despedido y su familia), hasta un juicio de desalojo(que tal vez intenta satisfacer una necesidad impostergable del actor) pasando por toda la gama inimaginable de necesidades que un juicio satisface a menudo, tarde y mal. Si Así ocurriese., el amparo dejaría de ser de excepción y caería necesariamente en la morosidad propia de las vías procesales ordinarias, frustrando el fin de satisfacer, inmediateamente, necesidades urgentes de legitimidad incuestionable .

Resulta una carga de ineludible cumplimiento, para quien acude a requerir la protección constitucional, la de invocar y probar la insuficiencia de las vías ordinarias. En ese cometido, no basta con aludir, simplemente, a la falta de celeridad de los procedimientos comunes, sino que es menester invocar situaciones de urgente necesidad, o de inminente daño (énfasis agregado), idóneas para poner en evidencia que de acudir a aquellos se tomaría ilusoria la protección del derecho lesionado. Según se desprende de sus pronunciamientos el TSJ ha adoptado la tesis de la irreparabilidad: el amparo resulta procedente cuando la utilización de las vías ordinarias pudiera ocasionar un daño grave e irreparable. Como consecuencia de ello, se impone al actor la carga de alegar y probar la inexistencia de otras vías idóneas para tutelar su derecho, lo que evidentemente no ocurre en autos. Si la Corte Suprema se ha expedido sobre la interpretación que corresponde hacer sobre el art. 86 del C.P.N., y ésta ha generado la resolución atacada, sin duda que la acción que compete a los comparecientes, al Portal de Belén, no es la de amparo, puesto que jamás puede entenderse que se configure el requisito indispensable, dirimente, de la existencia de un acto ilegal o ilegítimo.-

e.- De hacerse lugar a la medida intentada, V.S. debería otorgar al art. 86 del C.P.N. un significado distinto al que le ha otorgado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para realizar esta interpretación, debería V.S. apartarse de los argumentos claramente explicitados por aquel Tribunal. Y a simple vista, se observa que todos los argumentos reflatados y esgrimidos insistentemente por los amparistas, fueron tratados ya por la Corte en el caso F.A.L. . Es decir, se pretende que V.S. dicte un fallo inconstitucional, puesto que la constitucionalidad y validez de la norma en cuestión ha sido ya resuelta por la Corte. Y además, ha sido RECIENTEMENTE resuelta, hace escasos días, lo que torna aún menos acertada la pretensión. Se violentaría entonces la AUTORIDAD del Tribunal como máximo órgano interpretativo de la Constitución Nacional, generándose un apartamiento por parte de un juez de primera instancia de los criterios sustentados por un Tribunal Superior, sin que hayan variado las razones que dieron origen al fallo de la Corte. Sin duda se plantearía un precedente original y ciertamente disvalioso respecto del apartamiento infundado por parte de magistrados inferiores de lo establecido por un Tribunal Superior para un caso análogo, lo que no se corresponde con el sistema jurídico imperante. Estamos convencidos, no va a suceder en autos. Debe primar la seguridad jurídica, y el principio de acatamiento hacia las resoluciones del Máximo intérprete nacional de la Constitución. Recordemos lo manifestado por uno de los integrantes de la Corte Estadounidense La Constitución dice lo que ésta Corte dice que la Constitución dice . Asimismo, recordemos los antecedentes ponderados por la Corte para dictar su fallo, entre ellos dictámenes de organismos internacionales varios, y sobre todo, el de la CIDH en el caso Baby Boy (resolución 23/81, caso 2141, Estados Unidos de America, 6 de marzo de 1981) con el propósito de encuadrar nuestro derecho interno con las disposiciones de los Tratados internacionales, y su cumplimiento, para evitar sanciones contra nuestro país por incumplimiento de los mismos. Debemos destacar, y ello para ilustrar a V.S. de lo infundado y desmedido de la pretensión, ciertos argumentos vertidos en el escrito de demanda, a saber: El Comité sobre los Derechos del Niño está compuesto por personas que carecen de idoneidad en materia jurídica , Va de suyo que sus sugerencias y recomendaciones no son más que eso: simples opiniones. No son vinculantes jurídicamente, y desconocerlas no puede generar ninguna responsabilidad para la República Argentina . Ambas afirmaciones demuestran un desconocimiento cabal sobre los organismos creados por los tratados internacionales, y las responsabilidades que implican los incumplimientos de las recomendaciones de los mismos. Resulta verdaderamente sorprendente la lectura de estas

afirmaciones, vertidas por profesionales de la matrícula. Muchos de los argumentos esgrimidos por la actora, han sido minuciosamente analizados por el dictamen CIDH en Baby Boy , ya comentado en autos, desterrando los mismos de manera implacable. Solo destaca que el inc. 1 del art. 4 de la Convención, establece que se protege la vida, en general desde el momento de la concepción, justamente para no colisionar con casi todos los países firmantes, que tienen una legislación particular sobre aborto.

f.- Por todos los motivos expuestos, la acción de amparo debe ser rechazada, con expresa imposición de costas a los peticionantes. Ofrece prueba documental. Formula reserva del Caso Federal. Pide el rechazo de la acción de amparo, con costas.-

16.- Mediante decreto del 26/04/2012 (fs. 245), el Tribunal tiene por evacuado el traslado en los siguientes términos: Córdoba, veintiseis (26) de abril de 2012. Por evacuado el informe. Téngase presente la prueba ofrecida. Acreditese el pago de los aportes previsional y colegial. A fin de pasar al siguiente estadio procesal, deberá acreditarse la notificación del decreto de fecha 23/04/2012 (fs. 197) y cumplimentarse lo dispuesto en su última parte .

17.- El día 03/05/2012 (fs. 246/247), la parte demandada adjunta cédula de notificación del decreto de fecha 17/04/2012.

18.- El 03/05/2012 (fs. 248), el Tribunal la tiene por agregada, indicando al presentante que deberá estarse a lo dispuesto en el decreto de fs. 245.-

19.- Con fecha 03/05/2012, a fs. 284/297, comparece la ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES , presentándose en el carácter de AMICUS CURIAE con el objeto de acercar al suscripto consideraciones jurídicas relativas a diversos principios y argumentos de derecho constitucional, nacional e internacional de relevancia para la resolución del caso de referencia. En particular, estos argumentos rechazan la postura del impugnante Asociación Civil Portal de Belén, que interpuso un amparo alegando la inconstitucionalidad de la Resolución N° 93/12 dictada por el Ministerio de Salud provincial con fecha 30 de marzo de 2012 y su Anexo 1 que aprueba la Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punibles . Dicha Resolución regula la práctica a través de dos procedimientos diferentes según el permiso de que se trate: uno para el caso de peligro para la vida o la salud de la mujer (el contemplado en el art. 86 inc. 1° del Cód. Penal), y otro para el caso de violación . La Resolución dictada se sustenta, entre otras razones, en la interpretación del art. 86 del Cód. Penal efectuada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSIN) en el conocido caso 'F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva' del 13/03/2012.-

Sobre la base de los fundamentos que a continuación se exponen, solicita se tenga a la ADC por presentada en el carácter invocado, se incorpore este memorial al expediente de referencia y se lo tenga en cuenta al momento de resolver.-

Funda su presentación en el carácter invocado. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, puedan expresar sus opiniones en tomo a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. Un memorial de amicus curiae como el presente ha sido definido como: ...una presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida... Este

instituto procesal, permite que terceros con interés en el *thema decidendum*, puedan acercar una opinión al Tribunal, accediendo a una comunicación directa y transparente. Esto permite alcanzar una posición superadora del nivel de discusión habitual de cuestiones judiciales que, de otro modo, quedarían relegadas al hermetismo de la función jurisdiccional y permite iluminar el criterio judicial en materias que por su especificidad resultan de trascendencia social, reforzando el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno. Igualmente, se ha dicho que: ... La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. La circunstancia de que el Legislador no haya previsto expresamente la presentación de este tipo de escritos en esta jurisdicción no constituye un obstáculo para su procedencia, tal como los tribunales federales lo han reconocido en varios precedentes que poseían una trascendencia que excedía el mero interés de las partes. En el caso específico de la ADC, distintos tribunales nacionales han aceptado la admisibilidad formal de sus presentaciones en el mencionado carácter de *amicus curiae*. Cita jurisprudencia. En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no sólo ha sido receptada por numerosos antecedentes jurisprudenciales, sino que ha tenido consagración nacional a través del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSIN), Acordada 2 8/04, dictada el 14 de julio del 2004. De lo dicho se desprende la viabilidad de la presentación denominada *amicus curiae*, en cualquier instancia de un proceso aún abierto, y sin que exista una limitación en función del fuero que se trate. En efecto, por su propia naturaleza, este instituto procede sin que existan al respecto restricciones formales que puedan oponérsele. La ADC posee reconocida competencia para expresar su opinión respecto del tema que aquí se discute ya que se trata de una entidad sin fines de lucro, con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, cuyo objetivo es la promoción de los derechos fundamentales de las personas en aquellas situaciones en que los mismos se vean amenazados, así como la defensa de los derechos básicos de las personas a través de los mecanismos legales. Enuncia las tareas desplegadas por la ADC, y concluye que la cuestión que aquí se examina excede el interés de las partes.

Luego de relatar los antecedentes del caso, ingresa a los fundamentos de su presentación.-

En marzo de 2010, el Tribunal Superior de la provincia de Chubut resolvió favorablemente el pedido de aborto de A.G., una niña de 15 años que había sido violada por su padrastro. Luego de que el aborto fuera practicado, y pese a la sentencia favorable del Tribunal, Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El 13 de marzo de 2012, la Corte falló en este caso sobre el alcance de los permisos para abortar establecidos en el art. 86 del Código Penal desde 1921. La Corte aclaró que el aborto no es punible cuando existe peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provenga de una relación sexual no consentida, colaborando de esta manera a dejar atrás las posturas que defendían una interpretación restrictiva de la causal violación,

limitándola a mujeres con discapacidad mental. Además, el Máximo Tribunal afirmó que no se requiere autorización judicial previa ni denuncia policial previa para acceder al aborto en estos casos.

La constitucionalidad del art. 86 CP, y en particular, de la interpretación amplia de su inciso 2. En la sentencia referida, la CSJN consideró oportuno y necesario responder a los agravios que le habían sido traídos a discusión, que radicaban en la supuesta incompatibilidad de la normativa constitucional y convencional con la interpretación amplia de permiso de aborto no punible en casos de violación, establecido en el art. 86.2 CP. El Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces se agravió por entender que con la interpretación amplia del artículo 86. 2 CP que efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción. El apelante se fundó en: Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: Corresponde al Congreso: Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del nulo en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental... ; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona ; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica , y artículo 4º: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona , y artículo 6º: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica ; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente ; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: El niño... necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento , artículo 1º: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad , y artículo 6º: Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida . (Ver considerando 3º).

La Corte fundó la primera parte de la sentencia relativa a la constitucionalidad del aborto no punible establecido en el art. 86 CP y de la interpretación amplia del inciso segundo de dicha norma a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En primer término, la Corte señala que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución resulta imposible extraer base alguna para sustentar la inconstitucionalidad del aborto no punible o de de una interpretación restrictiva del art. 86.2 CP. En segundo término, la Corte expresa que las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva mandato alguno de prohibición del aborto

no punible, o por el que corresponda interpretar de modo restrictivo el alcance del artículo 86.2 CP. En tercer término, la Corte manifiesta que de la previsión contemplada en el artículo 3° de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la incompatibilidad del aborto no punible con la Convención Americana. En cuarto término, la Corte establece que la alegada incompatibilidad del aborto no punible con el marco normativo constitucional y convencional tampoco puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. En quinto término, la Corte afirma que la alegada incompatibilidad tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta oportunidad, el Tribunal considera lo manifestado por el Comité de derechos Humanos de las Naciones Unidas que sostiene la permisibilidad del aborto en caso de violación. En sexto término, la Corte mantiene que tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86.2 CP adoptada por el a quo colisione con la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello así porque de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención se observa que, ante una variedad de alternativas propuestas, en aquel momento se decidió no hacer una interpretación restrictiva que impida el aborto en casos de violación. Esto se advierte con más claridad en las observaciones finales que el Comité de los Derechos del Niño ha hecho a los algunos Estados Partes que en su normativa no admiten el aborto para los casos de embarazos derivados de violaciones donde afirma deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal. Por otra parte, la Corte expresó que el artículo 2° de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1° de la Convención debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción : no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional .

Una vez que la Corte deja sentado que no existe incompatibilidad entre el marco normativo de aborto no punible y el marco normativo convencional y constitucional, se dispone a estudiar otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica que obligan, a interpretar el art. 86.2 CP de forma amplia. Es decir, admitiendo el permiso para el aborto en todos los casos de violación y no únicamente en los casos de mujeres discapacitadas mentales. Sigue citando el fallo de la CSJN.-

La ilegalidad de la imposición de requisitos previos arbitrarios: judicialización y denuncia previa. Respecto de la judicialización sistemática y muy frecuente de los casos de aborto permitidos por la ley, la Corte manifestó que

la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración es una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras . En la misma línea, el Tribunal afirmó que la judicialización es una práctica contra legem fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los

poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos . En consecuencia, un requisito como la judicialización termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación . Por ende, la propia Corte reconoce que se vio forzada a recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que el art. 19 in fine de la Constitución Nacional consagra el principio de reserva legal, que establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe . Es decir, que el principio de reserva legal impide el requisito arbitrario de autorización judicial previa, así como cualquier otro requisito que no se desprenda de la ley y/o que no esté orientado a mejorar o facilitar el acceso al aborto en los casos permitidos. Tal es el caso de la denuncia policial previa o la prueba de la violación, a las que la Corte expresamente se refiere para excluir de los requisitos necesarios para el acceso al aborto. -

En relación a la posibilidad de que mujeres que, de hecho, no fueron violadas, puedan acceder a la práctica a través de la declaración jurada (que parece ser la preocupación de Portal de Belén en el caso de autos), la Corte afirmó que se trata de un hipotético que no puede ser, nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud .

Exhortación a la creación de protocolos. En este caso, se trató de exhortaciones concretas a los poderes políticos en materia de protocolos, asistencia a las víctimas de violencia sexual, capacitaciones a funcionarios públicos respecto de los alcances del fallo y campañas de difusión. En conclusión, es evidente la intención de la CSJN de que los gobiernos provinciales implementen y hagan operativos protocolos exactamente como lo ha hecho Córdoba mostrando respeto no sólo por los derechos de las mujeres sino también por la autoridad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. -

Obligatoriedad de los precedentes de la Corte. Tal como lo establece el artículo 1 de la Constitución Nacional, la Argentina ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana federal . La organización republicana del poder público, como es sabido, ha importado históricamente la división del ejercicio del poder en tres pilares: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Por otro lado, en nuestro país, el Poder Judicial, de acuerdo con lo normado por el artículo 108 de la Constitución Nacional, es ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación .

La Corte Suprema es, entonces, el intérprete último de la Constitución Nacional tal como lo han entendido este mismo Tribunal y, en forma pacífica, la doctrina especializada. Este importante rol brinda a sus decisiones un enorme peso tanto simbólico como institucional. La jurisprudencia de la Corte resulta obligatoria para los tribunales inferiores quienes sólo podrán apartarse en circunstancias y bajo condiciones muy específicas. Un análisis jurisprudencial de la cuestión nos muestra que la Corte ha sostenido de manera permanente este criterio. Cita jurisprudencia del Máximo Tribunal en este sentido. Agrega que la jurisprudencia de la CSJN es absolutamente clara en este sentido: si bien existe la posibilidad de que los tribunales inferiores se aparten de sus precedentes, las decisiones que tomen este camino, para ser consideradas válidas, deben aportar nuevos y sólidos fundamentos que justifiquen ampliamente el apartamiento de la jurisprudencia de quien tiene reservado el

papel de intérprete último de la Constitución. Además, deben estos argumentos revelar en forma clara la inconveniencia o el error de las decisiones de las cuales decide apartarse. -

En el caso concreto, la sentencia que resuelve conceder la medida cautelar solicitada por la Asociación Civil Portal de Belén, carece de los requisitos necesarios para ser considerada una sentencia válida. En efecto, los pocos y breves argumentos con los que el juez se aparta del decisorio de Corte en la causa F., A.L. s/medida autosatisfactiva, que se discute indirectamente en el caso de autos, recaen sobre los mismos puntos que el Máximo Tribunal rechazó extensamente en ese caso sin lograr siquiera en forma remota rebatirlos. Este apartamiento resulta más grave aún si se considera la proximidad en el tiempo de la decisión de la Corte. De hecho, la concesión de la cautelar por parte de V.S., se produce sólo pocas semanas después de la sentencia del caso F., A.L. sin que exista circunstancia alguna que permita intuir que el criterio adoptado por el juez pueda ser aceptado por el Máximo Tribunal en una hipotética pero posible resolución del caso. En efecto, la situación fáctica en el que se produjo la decisión a saber, el texto del Código Penal, las permanentes obstrucciones al acceso al aborto no punible por parte de jueces y profesionales de la salud, las Observaciones del Comité de Derechos Humanos y sobre Derechos del Niño, entre otras importantes cuestiones permanecen en las mismas condiciones que al fallarse en la causa F.A.L. . En el caso, entonces, el apartamiento de la decisión, además de tornar la decisión arbitraria y, por tanto ilegal, desconoce las más básicas normas de economía procesal. En la decisión, V.S. pudo haber salvado su opinión respecto de la resolución del caso pero, en función de la decisión que a la postre recaerá necesariamente sobre el caso de autos, debió haber decidido en conformidad con los criterios adoptados por la Corte Suprema. -

En otro orden de ideas, resulta imperioso tomar en consideración que la posibilidad de que los jueces se aparten (fundadamente) de los antecedentes de sus superiores aparece como una garantía judicial a favor de los justiciables y no como una facultad del juez. En este sentido, como todas las garantías, jamás puede aparecer como un modo de restricción del ejercicio de derechos. En otras palabras, el fin del diseño legal es garantizar que un precedente de un superior no sea utilizado para violar derechos, pero jamás puede ser utilizado para que un juez de instancia desconozca derechos ya reconocidos por el máximo tribunal de la República. -

La medida cautelar concedida impide que las mujeres cordobesas accedan al aborto no punible en las condiciones constitucionalmente apropiadas, según la interpretación de la Corte. Esta circunstancia hace más palpable aún el hecho de que el apartamiento de la decisión tomada en F., A.L. no resulta ajustado a derecho. De acuerdo con lo dicho en este apartado, V.S. debió haber dictado una sentencia conforme con lo decidido por la Corte en el caso F.A.L. . El infundado apartamiento del mencionado antecedente desconoce la tradicional jurisprudencia de la Corte según la cual 'carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores -inclusive, los Superiores Tribunales locales- que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Máximo Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional. -

Necesidad de implementar protocolos: la inaccesibilidad sistemática. La enorme mayoría de los casos sobre aborto que han tomado estado público a través de la cobertura mediática en los últimos años han sido casos de inaccesibilidad a aborto permitidos por el Código Penal. Cita casos, concluyendo que existe una situación de inaccesibilidad sistemática al aborto no

punible que requiere urgentemente una respuesta regulatoria y facilitadora. Especialmente debido a que esta inaccesibilidad genera vulneración de derechos humanos, en razón de género, la situación socio-económica y la edad. Esta es una razón más que debió haber tenido en cuenta V.S. para rechazar la medida cautelar solicitada por el accionante y que deberá tener en cuenta al momento de resolver el fondo de la cuestión. -

La responsabilidad internacional del Estado por la falta de acceso al aborto permitido por ley. La falta de políticas públicas apropiadas para garantizar el acceso al aborto permitido por ley en condiciones de seguridad tanto en el sistema público como privado de salud y la sistemática judicialización de estos casos que no son punibles vulneran derechos protegidos en nuestra Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional (arts. 16, 42, 19, 33, 75 inc. 22 CN). En particular, la negativa a realizar los abortos en estos casos, transgrediendo la obligación legal del Código Penal, implica una violación a los derechos humanos de las mujeres, entre los que se encuentran: Derecho a la vida; Derecho a la salud; Derechos a la privacidad; Derecho a la autonomía reproductiva o autodeterminación reproductiva; Derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de los nacimientos; Derecho al libre ejercicio y goce de la sexualidad; Derecho a la igualdad, equidad y dignidad; Derecho a estar libre de discriminación; Derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión; Derecho a la información y educación; Derecho a una vida libre de violencia y maltrato; Derecho a formar una familia; Derecho a la integridad física, psíquica y moral; Derecho a gozar de los avances del conocimiento científico; Derecho a la intimidad; derecho a no sufrir tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. -

De acuerdo con una interpretación pro persona, los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos deben ser aplicados por las autoridades judiciales de acuerdo con la interpretación más favorable a la persona y garantizando la mayor esfera de protección legal en el ámbito nacional. En este sentido, la legislación debe ser interpretada a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, dotados de contenido y alcance para respetar y garantizar los derechos reproductivos de las mujeres. Así lo han entendido diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas cuando se han referido a la penalización del aborto, tanto de manera general, como en relación con algunos países de la región al analizar el cumplimiento de éstos a los tratados de derechos humanos que vigilan, los que cita.

En nuestro país, la principal causa de mortalidad materna son los abortos inseguros. El Estado es responsable por cada una de estas muertes, especialmente cuando son los operadores judiciales los que lo obstaculizan, como en el caso de autos. En este contexto, corresponde al Estado Nacional y a los Estados locales, brindar un marco legal y contención institucional a las mujeres y a las y los profesionales involucrados en estas circunstancias. De aquí surge la relevancia de contar con una interpretación clara del alcance del art. 86 CP y con protocolos que regulen el acceso al aborto permitido por ley para evitar la judicialización. Ésta es una obligación ineludible de los Estados locales y del Estado Nacional. En este sentido, cabe destacar que en mayo de 2011, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas condenó a la Argentina en el caso *LMR*, por impedir el acceso a un aborto no punible a una adolescente, discapacitada mental, que había sido violada por su tío (28 de abril de 2011). Relata los hechos del caso, e indica que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

consideró que la omisión del Estado argentino en proveer los servicios de aborto seguro en este caso, que estaba permitido por ley, causó sufrimiento moral y físico, configurándose una violación al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que establece el derecho a estar libre de trato cruel inhumano y degradante. El Comité refirió que la violación es aún más evidente en este caso, dado que la víctima había sido violada y era discapacitada mental. El Comité entendió, además, que las barreras que impidieron el acceso al aborto seguro implicaron una intervención ilegítima en el derecho de LMR a la vida privada establecido en el artículo 17 del PIDCP. Finalmente, el organismo también estableció que, a pesar de que LMR pudo acceder a los recursos judiciales, éstos no fueron efectivos dado que, para obtener la autorización, LMR tuvo que pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó varias semanas, se aumentó el riesgo para su salud y tuvo que acudir a servicios privados y clandestinos. De acuerdo con el Comité, entonces, el Estado argentino también violó el derecho a un recurso judicial efectivo establecido en el artículo 2.3, en relación a los artículos 3, 7 y 17.

Como condena, el Comité estableció la obligación de Argentina de implementar 'medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada, y la obligación de tomar medidas (legislativas y/o regulatorias) para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. En la misma línea, distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial. El cumplimiento del Estado argentino para con las responsabilidades internacionales que se derivan de la ratificación de tratados de derechos humanos debe darse en distintas dimensiones. Sin lugar a dudas, una de esas dimensiones es el Poder Judicial. Es decir, es responsabilidad del Poder Judicial evitar que el Estado Nacional incurra en dicha responsabilidad por el accionar de un tribunal provincial. Sobre el rol del Poder Judicial en la tutela efectiva de los derechos, la CSJN ha elaborado una sólida doctrina que sostiene que el Poder Judicial, en tanto constituye uno de los tres poderes del Estado, debe velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado argentino ha asumido. De este modo, la Corte Suprema ha resuelto poner su poder jurisdiccional al servicio de que el Estado argentino cumpla con las obligaciones asumidas, y lo ha hecho en forma decidida, modificando en varios temas la jurisprudencia que sostenía anteriormente. Es así que nuestro máximo Tribunal y el Poder Judicial en general, debe considerar en forma particularmente cuidadosa aquellos casos cuya resolución podría generar responsabilidad internacional para el Estado argentino, y hacer cuanto esté a su alcance para evitar, precisamente, que se genere dicha responsabilidad. Es decir, debe adoptar soluciones compatibles con el cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado argentino. La firme asunción de esta función ha llevado a la CSJN a adoptar interpretaciones legales y constitucionales que posibiliten la intervención de los Tribunales y de la Corte Suprema en particular, en aquellos casos en que exista la posibilidad de que se produzca el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado argentino. Cita jurisprudencia. En cuanto al rol del Poder Judicial en la tutela efectiva de los derechos, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una sólida y bien afirmada doctrina que sostiene que el Poder Judicial, en tanto constituye uno de los tres poderes del Estado, debe velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado argentino ha asumido. Esta doctrina ha venido a acompañar el creciente número de tratados internacionales que ha ratificado el Estado argentino, y que en materias variadas, pero muy especialmente en el ámbito de los derechos humanos, han

internacionalizado una porción considerable de las principales normas que rigen estas materias. Cita jurisprudencia. Es así que, de conformidad con este giro de la doctrina de la Corte Suprema, nuestro máximo Tribunal, y el Poder Judicial en general, debe considerar en forma particularmente cuidadosa aquellos casos cuya resolución podría generar responsabilidad internacional para el Estado argentino, y hacer cuanto esté a su alcance para evitar, precisamente, que se genere dicha responsabilidad. En otras palabras, debe adoptar soluciones compatibles con el cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado argentino.

Por las razones expuestas en esta presentación, entiende que debe rechazarse el amparo promovido por la Asociación Civil Portal de Belén.

20.- A fs. 248, con fecha 03/05/2012, el Tribunal provee en los siguientes términos: ...atento no haber acreditado en forma la representación invocada (conf. Art. 90 del CPCC), a la participación solicitada: no ha lugar .-

21.- Con fecha 04/05/2012, a fs. 338/341, la parte actora plantea revocatoria del decreto del 23/04/2012 en cuanto concede participación en la causa a Asociación Civil por el Derecho a Decidir .

22.- El Tribunal, mediante decreto del 04/05/2012 (fs. 342), rechaza la presentación en los siguientes términos: Córdoba, cuatro (4) de mayo de 2012. Incorpórese Para Agregar. Toda vez que la vía procesal que el Código de Forma acuerda a las partes a fin de solicitar al tribunal que revoque por contrario imperio un proveído es el recurso de reposición (art. 358 CPCC), y en función de los términos del punto I del escrito presentado por los apoderados de la parte amparista (fs. 338), en los que expresamente excluyen la interposición del mencionado recurso: a la revocatoria solicitada, no ha lugar por improcedente. Notifíquese .-

23.- Con fecha 07/05/2012 (fs. 343/345), comparece la apoderada de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, adjuntando cédulas de notificación del decreto del 23/04/2012 (mediante el cual se le otorga participación), y solicita se le corra traslado de la demanda.

24.- El Tribunal, mediante decreto del 07/05/2012 (fs. 345 vta.), provee en los siguientes términos: ... Agréguese. Estése al proveído de fs. 205. En cuanto a lo demás, estése al proveído inicial en cuanto requiere informe del art. 8 de la ley de amparo .

25.- Con fecha 10/05/2012 comparece el Dr. Octavio GARCÍA, apoderado de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, manifestando que el día 17/04/2012 su representada recibió cédula de notificación del proveído inicial (de concesión de la medida cautelar), cursada por la parte actora, manifestando que no es parte en este proceso. -

26.- El Tribunal, mediante decreto del 10/05/2012 dispone tener presente lo manifestado.

27.- A fs. 358, el día 10/05/2012, comparece el apoderado de la PROVINCIA DE CÓRDOBA, acompañando cédulas de notificación, y solicitando que se forme cuerpo de copias a los fines de tramitar el recurso de apelación y se dicte sentencia en la causa sobre el fondo de la cuestión debatida.

28.- El Tribunal, mediante decreto del 10/05/2012 (fs. 359), ordena notificar correctamente los decretos notificados a la Asociación por el Derecho a Decidir.

29.- El día 14/05/2012 el apoderado de la parte actora solicita la formación de cuerpo de copias a los fines de tramitar el recurso de apelación de la medida cautelar (fs. 360).

30.- El Tribunal, mediante decreto del 14/05/2012 (fs. 361), provee en los siguientes términos: Córdoba 14 de mayo de 2012. Acompañe copia de las cédulas de fs. 357 a los fines de su certificación. Fecho, expídanse. A la formación de cuerpo de copias, estése a lo dispuesto en el decreto de fecha 24/04/12(fs. 205) .-

31.- El apoderado de la actora adjunta dicha cédula de notificación, con fecha 16/05/2012 (fs. 363).

32.- El Tribunal, mediante decreto del 16/05/2012 (fs. 364), la tiene por agregada.-

33.- Con fecha 16/05/2012 comparecen los Dres. ALVARO HERRERO y Juan M. MOCOROA, apoderados de la ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, quienes manifiestan que en función del proveído del 03/05/2012 acompañan copias certificadas y legalizadas del Estatuto de dicha Asociación, y los poderes correspondientes, ratificando su presentación en calidad de AMICUS CURIAE del 03/05/2012. Solicitan se tenga por acreditada en forma la representación invocada, y se admita la presentación efectuada (fs. 424). -

34.- El Tribunal, mediante decreto del 17/05/2012 (fs. 405), provee en los siguientes términos: Córdoba, diecisiete (17) de mayo de 2012. Téngase presente. Por aplicación analógica de la Acordada 28/2004 (Amicus curiae) dictada por la C.S.J téngase presente la actividad de alegación desarrollada. No obstante ello hágase saber que la participación procesal del compareciente en la calidad aludida no implica participación alguna dentro de la relación jurídica- procesal. Repárese que no reviste calidad de parte y por ende su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal .35.- Con fecha 18/05/2012 comparece el Dr. VACA NARVAJA, por la PROVINCIA DE CÓRDOBA, adjuntando cédulas de notificación cursadas a las partes, y solicitando que se eleve el cuerpo de copias a la Cámara de apelaciones, y que las presentes actuaciones pasen a despacho para resolver (fs. 413).

36.- El Tribunal, mediante decreto del 21/05/2012 (fs. 414), provee en los siguientes términos: Córdoba 21 de mayo de 2012. Agréguese cédulas y comprobante de pago de aporte acompañados. A la elevación, como se pide. A lo demás, previamente cumplimente lo requerido en el decreto de fecha 13/04/12(fs. 120) respecto del Asesor Letrado y del Ministerio Público Fiscal. Emplácese a "Portal de Belen Asociación Civil" para que en dos días cumplimente el aporte exigido por la ley 6468, bajo apercibimiento de comunicar a la Caja de Abogados. Asimismo, emplácese a los Dres. Rodrigo Agrelo, Jorge Rafael Scala, Maria Eugenia Monte y Natalia Milisenda para que en tres días cumplimente el aporte exigido por el art. 35 de la ley 5805, bajo apercibimiento de comunicar al Colegio de Abogados .-

37.- Con fecha 18/05/2012 se eleva a la Cámara de Apelaciones de Tercera Nominación el cuerpo de copias a los fines de la tramitación del recurso de apelación interpuesto por las partes (cfr. Certificado de fs. 414).

38.- Con fecha 22/05/2012 el Dr. AGRELO, apoderado de la parte actora, acompaña boleta de aportes al colegio de abogados de Córdoba. -

39.- El Tribunal dispone su agregación mediante decreto del 22/05/2012 (fs. 417).-

40.- El día 22/05/2012 (fs. 418), adjunta copias el Dr. SCALA Apoderado de la actora-solicitando la elevación a la Cámara.

41.- El Tribunal, mediante decreto del 22/05/2012 (fs. 419), le ordena estarse al decreto del 21/05/2012.-

42.- Con fecha 23/05/2012 el Dr. SACALA adjunta cédulas de notificación, las que el Tribunal tiene por agregadas el mismo día (fs. 423/424).

43.- Con fecha 23/05/2012 (fs. 425), comparece el Dr. REYNA, apoderado de la demanda, quien solicita el préstamo del expediente de la causa por 48 horas. -

44.- El Tribunal, mediante decreto del mismo día, hace lugar a lo solicitado (fs. 426).

45.- Con fecha 31/05/2012 (fs. 432), comparece el apoderado de la parte actora, adjuntando cédulas de notificación. -

46.- El Tribunal, mediante decreto del mismo 31/05/2012 (fs. 432 vta.), las tiene por agregadas.-

47.- Con fecha 12/06/2012 (fs. 433/442), la Sra. Fiscal Civil y Comercial de 2º Nominación evacua el traslado del pedido de inconstitucionalidad formulado por la parte actora.-

Dice que en primer término, cuadra destacar que tal como lo ha resuelto la C.S.J.N, sólo cabe admitir la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto cuando a través de un acabado examen del mismo conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía comprometida. De manera pues, que corresponde al Juez extremar los recaudos, previo a una declaración de inconstitucionalidad. Cita jurisprudencia.

Ahora bien, en este contexto, adelanta opinión en orden a la constitucionalidad del Art. 86 en sus dos incisos y en consecuencia la constitucionalidad de la Resolución Ministerial Provincial N° 93/12 del 30 de marzo de 2012 incluyendo también su anexo I llamada "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible según lo establecido en los artículos 86 incisos 1 y 2 del Código Penal de la Nación".

El Código Penal Argentino, norma que data de 1921 penaliza el aborto durante el transcurso de todo el embarazo con las excepciones contenidas en el artículo 86 del mismo. Esos casos en los cuales está despenalizado el aborto fueron propuestos por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto de Código Penal, y una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86. En 1968, la ley 17.567 siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1 y, luego de eliminar en el inciso 2 la frase o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente sería necesario el consentimiento de su representante legal. Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509 sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar. Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno de facto, por ley 21.338 derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al CPN. Con esta

nueva derogación el artículo 86 que nos ocupa recuperó su versión original de 1922 y es la que se encuentra en vigencia.

Los avatares legislativos que ha sufrido el artículo mencionado son motivados por la discusión que suscita el inciso segundo en su redacción actual en cuanto a si su permisión alcanza o no al delito de violación de una mujer capaz. La doctrina ha estado dividida sosteniendo unos que la previsión del inciso 2° sólo alcanza el supuesto en que la víctima sea "mujer idiota o demente" (en el arcaico lenguaje del CPN) y otros entendiéndolo que el inciso abarca además el denominado en doctrina "aborto sentimental", esto es el aborto en el caso de violación. Cita profusa doctrina y jurisprudencia, incluyendo el ya citado caso FAL de la CSJN, concluyendo que junto con la doctrina y jurisprudencia citada que dicho artículo en sus dos incisos establece las permisiones o los casos en los cuales no será penalizado el aborto, a saber: a. que peligre la vida de la mujer embarazada. b. Que peligre la salud de la mujer embarazada, c. En caso de violación y d. cuando se tratase de la violación de una mujer idiota o demente situación en la que el o la representante legal será quien deberá consentir la práctica. Esta exégesis de la norma penal si bien ha sido controvertida doctrinaria y jurisprudencialmente es a criterio de la suscripta la que mejor se compadece con el sistema de derechos garantizado por el orden constitucional argentino.

Ahora bien entrando al análisis del planteo de inconstitucionalidad formulada que según el amparista ostentaría el art. 86 del C.P.N. por afectar el derecho a la vida, por ser contraria a los tratados de derechos humanos y como afirma por hallarse derogada por el mencionado sistema de derechos humanos, expresa que de todos los derechos reconocidos por nuestro plexo normativo ninguno tiene carácter absoluto. Cita doctrina. Está claro que el derecho a la vida está amparado en nuestra legislación desde la concepción, conforme arts. 70 del Código Civil, Art. 4 de la Constitución Provincial, Art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, Art. 6 de la Convención de los Derechos del Niño con la declaración efectuada al momento de la aprobación por el congreso de la misma, que reza "...debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad ), forma parte de nuestro derecho y es lógico y fundamental que así sea; pero, incluso este derecho básico no queda excluido de las limitaciones a las que están sometidos todos los derechos. En efecto, no podemos dejar de constatar de lege data- que la tutela que se le brinda presenta gradaciones (según terminología de la Dra. Nelly Minyersky de la Asociación de Abogados de Buenos Aires) desde el momento de la concepción hasta la muerte, es lo que refleja la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. en el caso R.L.M el 31/07/2006 "No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados que se exija igual protección de la persona por nacer que la ya nacida. Cambia, pues, en estos casos, la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento...". Resulta que el mismo código civil, si bien establece en su artículo 70 que desde la concepción en el seno materno empieza la vida de las personas y que el por nacer puede adquirir derechos, postula que los mismos solo quedarán irrevocablemente adquiridos si acaeciera el nacimiento con vida y esa vida se desarrollase aunque sea unos instantes estando el nacido separado de la madre (Cfme. arts 70, 74 y nota al 3290 del Código Civil Argentino); es lo que ha sostenido la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. en el caso R.L.M el 31/07/2006 al expresar que "...Hay que tener en cuenta que en el derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto es bastante claro, ya que expresa que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas' (art. 70, C. Civ.) y,

por ende, 'son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno' (art. 63, C. Civ.). Dice Llambías, explicando la norma, que 'Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento, ya que este hecho sólo cambia el medio en el que se desarrolla la vida del nuevo ser'. Sin embargo, la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. El art. 74. C. Civ., dispone que 'si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido'. Esto implica, según Llambías, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta, sino imperfecta, en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida . Así también el código penal da un tratamiento distinto y por ende un monto diferencial en las penas al delito de homicidio y de aborto, o la no punición de la tentativa de aborto por la mujer, o la destrucción culpable del feto (causada por ejemplo por una mala praxis médica) que no halla previsión en nuestro ordenamiento, pero que si se tratara de una persona individual, o sea hallándose separada del cuerpo de la madre sería considerado un homicidio. Esto incluso fue materia de las deliberaciones previas a la aprobación final del texto del denominado Pacto de San José de Costa Rica por que el proyecto de artículo 4 era incompatible con las leyes que regían la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos, por eso se propuso la redacción actual, debido a que la aceptación de este concepto absoluto el derecho a la vida desde el momento de la concepción [sin «en general»] habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto (según la Dra. Graciela Dufau en su trabajo El Pacto de San José de Costa Rica y el Aborto ), cabe agregar que estos debates previos al texto final del pacto fueron considerados por la Resolución N° 23/81 de la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH), tomada en el caso 2141 (caso Baby Boy) el 6 de marzo de 1981. Lo valora también la CSJN en el caso F.A.L. Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4° y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste . De allí que en consonancia con lo expresado de la distinta intensidad con que el ordenamiento jurídico argentino protege la vida según sea una persona nacida o por nacer, el Código Penal resuelva el conflicto de derechos que se plantea en el caso del aborto privilegiando el bien jurídico vida o salud de la mujer en el caso del primer inciso del art. 86 (concepto de salud que definido por la OMS y recogido por la CSJN debe ser entendido de forma integral como un completo estado de bienestar físico, psíquico y social y no solamente como ausencia de enfermedades o afecciones) y la dignidad, autodeterminación o integridad sexual en el caso del segundo inciso. Es así que el legislador estableció bajo la forma de causas de justificación determinados casos en los cuales el aborto no es punible, resolviendo el conflicto de derechos planteado en el mismo plexo normativo. Cita jurisprudencia. En este orden de ideas el ministerio público hace suyo lo expresado por la Corte Suprema Bonaerense en el Fallo L.R.M. cuando cita a Diego Martín Farrel diciendo que el orden jurídico no se diseña ni para santos, ni para héroes, si no para el ser humano corriente, o cuando cita a Edgardo Donna afirmando que no hay duda que la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta, que el derecho no puede exigir héroes, o la cita de conformidad con Carlos Santiago Nino del fallo F.A.L.

de la C.S.J.N. que establece que "...la pretensión de exigir a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos mas fundamentales, resulta a todas luces desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar", por otra parte agrega, es lo que más se adecua a la igualdad entre el hombre y la mujer, expresamente consagrada en la reforma constitucional de 1994 y cuyos obstáculos deben ser removidos en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Que con respecto a la supuesta incompatibilidad señalada por el amparista entre los tratados de derechos humanos con rango constitucional y la legislación penal sub examine, dice, además de lo enunciado antes sobre el pacto de San José de Costa Rica, que los tratados de derechos humanos constituyen un sistema que se ha ido construyendo bajo la égida de la ONU y sus organismos especializados, que esa dinámica ha redundado en que aún sin negar lo evidente de que los distintos tratados han sido impulsados por diferentes intereses, corrientes de pensamiento y bloques de estados, lo cual se verifica en las deliberaciones previas que han precedido a su redacción final, no menos cierto es que en su formulación definitiva se ha cristalizado un equilibrio entre los mismos tratados y los derechos que consagran que impide que podamos erigir algunos en detrimentos de otros, lo que puede consultarse, a modo ejemplificativo en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

También expresa que si hubiese existido la mentada incompatibilidad el legislador lo hubiese resuelto en la instancia de la convención constituyente de 1994 promoviendo la reforma o lisa y llanamente su derogación, es lo que sostiene la Corte Bonaerense en L.R.M. "puede concluirse que los constituyentes de 1994 no introdujeron norma alguna a nuestro texto constitucional que permita inferir algún cuestionamiento o modificación, desde la cúspide normativa, del sistema de despenalización del aborto establecido a partir de 1921. De ello se desprende que hubo una confirmación tácita de la constitucionalidad del modelo de regla-excepción al que hemos hecho referencia...la reforma constitucional de 1994 no ha operado una modificación de las normas cuya aplicación se propone...En 1994, los constituyentes incorporaron en el art. 75, inc. 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los que contienen distintas normas referidas a la protección del derecho a la vida, mas no modificaron las pautas de la legislación civil y penal antes reseñadas". Es lo que también la CSJN desgrana en F.A.L haciendo un exhaustivo análisis de la relación de cada tratado con la cuestión examinada para concluir que no hay tal conflicto que provoque la incoherencia de nuestra norma penal desincriminante del aborto- en el caso del aborto de un embarazo producto de violación; con respecto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4 de la Convención Americana sobre derechos humanos dice "...no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, Baby Boy , y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos)"; con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice "Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos"; con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: "Que la

tesis del recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"; con respecto a la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la que el peticionante hace especial hincapié para fundar su petición de inconstitucionalidad creemos necesario transcribir completamente los considerandos de la CSJN al respecto, que a nuestro entender, dada la calidad y el carácter del órgano del que emanan bastan, amén de todo lo antes desarrollado, para rebatir lo argumentado por el amparista, que si bien lo hace para tachar todo el art. 86 y la Corte en la transcripción que sigue sólo se refiere a la no punibilidad del supuesto en caso de violación, la CSJN en el presente fallo sostiene la constitucionalidad del Art. 86 in totum, del mismo modo que lo hace la Corte Bonaerense en la causa LRM, y que el mismo juez de la presente causa solo ha encontrado prima facie contradicción en el supuesto en caso de violación no en los demás. Dice la Corte: "Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal adoptada por el a quo colisione con éstas. En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989). Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1°, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/ Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4, antes citadas). Por otra parte, el artículo 2° de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1° de la Convención debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa. Por ello entiende que la constitucionalidad del Art. 86 en sus dos incisos está incólume, que no cabe agregar requisito alguno a lo establecido en la legislación penal para que una mujer embarazada solicite las prácticas abortivas contempladas como no punibles, lo cual ha constituido una práctica que en los hechos desbarató la aplicación correcta de los supuestos abortivos despenalizados, práctica que se ha constituido según la Corte, a lo que adhiere este ministerio, en discriminatorio hacia la mujer, violatorio de sus derechos, práctica irregular que configura violencia institucional etc. En efecto, se ha requerido que el peligro para la salud o la vida de la mujer sea "grave" lo que no es exigido por el inciso uno y viola el principio de legalidad al introducir un adjetivo que la ley no puso como requisito, o que se

acumulen ambos "peligros" para la vida o la salud de la mujer, algo que tampoco la ley exige y que viola el mismo principio constitucional mencionado, se ha exigido también denuncia de la violación cuando el requisito no está en la ley y cuando esa acción es de instancia privada, dictámenes de comités de bioética, autorizaciones por parte de los profesionales de la salud a los poderes judiciales lo cual tampoco está determinado como requisito y además es absurdo y superfluo, ya que como dice Diana Maffia "Además, como señala con lógica demoledora el constitucionalista Germán Bidart Campos o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar una venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica".

En el marco de estas prácticas, (que la CSJN en el fallo F.A.L. deplora) de las que tampoco han sido ajenos los distintos poderes judiciales es que la Corte dice "Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos".

Que cronológicamente el ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, después de este fallo, que cita en sus considerandos dicta "La guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punibles", pero dicho fallo no es la causa del dictado de la guía como dice el amparista, (por más que se lo mencione en los considerandos de la resolución ministerial) sino las normas señaladas en los vistos y la reiteración de trabas que encuentran las mujeres que concurren a los centros hospitalarios para ejercitar sus derechos, prácticas obstructivas extendidas a lo largo y ancho del territorio, por lo que con anterioridad al fallo ya se habían dictado guías similares en distintas provincias, como Santa fe, Ciudad Autónoma de Bs.As., La Pampa y la Guía técnica para la atención de abortos no punibles del Ministerio de Salud de la Nación. Esto es, el amparista cuestiona la exhortación que con muy buen tino y conocimiento de la realidad realiza la Corte, pero aún sin ella se podría haber dictado la guía que es una norma procedimental, compendio de actuación cuando se presenta el cuadro de situación contemplado en el art. 86. Como ya lo adelantáramos la Guía técnica del ministerio para abortos no punibles, corolario procedimental del art. 86 no peca de inconstitucionalidad, por que no lo es la norma de fondo a la cual tiende a viabilizar y por que en su regulación no modifica en modo alguno a esa norma de fondo.

Que no le parece menor enunciar en vista de las afirmaciones del amparista, que ni la mencionada guía de abortos no punibles en cuestión, ni el artículo 86 establecen una "obligación" a mujer alguna de practicarse un aborto o a médico alguno a realizar tal práctica si ello lo violenta moralmente, todo lo contrario, dadas las circunstancias queda reservado a la decisión consciente e informada de la mujer solicitar la practica abortiva o no, en cuanto al médico queda garantizado al mismo realizar objeción de conciencia siendo obligación del Estado garantizar el acceso a la práctica médica en cuestión a través de otros profesionales que no hayan optado por la objeción. Que por el contrario, la obstaculización del ejercicio de los casos de aborto despenalizados puede exponer a los médicos por "mala praxis"

profesional, incluso abandono de persona en el caso de que de la denegación de la solicitud deriven daños para la mujer.

Por último no debe perderse de vista que la República Argentina puede incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos reconocidos por Declaraciones, Convenciones y Pactos suscriptos por la República Argentina que gozan de jerarquía constitucional (cfme. Art. 75 inc.22 C.N.) si continúa con una interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible, incluso por parte de instancias judiciales, es lo que en al menos dos oportunidades ha expresado la CSJN en F.A.L. y es lo que la Dra. Kejelmajer sostuvo en su reciente paso por nuestra ciudad en el mes de mayo en la conferencia brindada y en un reportaje concedido al periódico Comercio y Justicia donde menciona que el estado polaco ya fue condenado por el tribunal europeo (análogo a nuestra corte interamericana de derechos humanos) en el caso Tysiac C/Polonia.-

En función de lo expuesto entonces, sólo cabe concluir que corresponde ser desechada la tacha de inconstitucionalidad impetrada en autos.-

48.- Con fecha 06/06/2012 (la presentación se incorpora en un Para Agregar , en razón de que el expediente se encontraba en poder de la Fiscalía Civil y Comercial), comparecen (fs. 443/450): Juan Marco Vaggione DNI 17.159.390 Director del Programa de Derechos Reproductivos, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC; Prof. Dr. Carlos Alberto Lista, DNI 5.073.864, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC; Prof. Dr. Eduardo Ramón Mattio, DNI 20.804.412, Facultad de Filosofía y Humanidades UNC; Dra. Raquel Irene Drovetta, DNI 24.844.579 Coordinadora Académica Maestría en Sociología Centro de Estudios Avanzados, UNC; Prof. Mariela Puga DNI 22.486.370, Escuela Trabajo Social UNC, Profesora Titular UNL y UCC; Prof. Dra. Ciuffolini María Alejandra, DNI 18.455.709, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC y UCC; Ab. Peñas Defago María Angélica DNI 28.450.957; Ab. Laura Sánchez DNI 29.712.561; Lic. José Manuel Ferruccio Morán Faúndes DNI 94.451.535; Ana Falú DNI 5.641.727 Presidenta de CISCOSA. Centro de Intercambio Subregional Con Sur Alahua Asociación Civil; Ab. Lucas Carranza Bertarelli, DNI 26.905.516 Presidente de la Clínica Jurídica de Interés Público Córdoba; Di Siena María Viviana DNI 25.149.206, Coordinadora General Servicio a la Acción Popular; Solana Gabriela López DNI

25.149.206, Presidenta Partido Comunista Regional Córdoba; Lidia Zurbriggen DNI 14.773.163; Mónica Cristina Fuentes DNI 18.015.968; María Gabriela Morales DNI 26.232.509; Luz María Díaz, DNI 25.069.527; Torres Juan Exequiel, DNI 31.356.392;

Frencia María Marcela DNI 29.606.035; Cabus Gabriela Cecilia DNI 22.220.128; Paula Cecilia Merchán DNI 21.395.445; Fontanesi Claudia DNI 17.471.771. Lo hacen en su carácter de Amigos del Tribunal conforme a lo establecido por la Acordada 28/2004 de la CJSN. Que se presentan en el carácter invocado, a fin de aportar al conocimiento y a la consideración del Tribunal argumentos en razón de que las resoluciones judiciales que alcanzarían a las políticas públicas del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba puestas en discusión en autos, podrían perjudicar directamente derechos fundamentales de las mujeres que no pudieran acceder a la práctica del aborto no punible en los servicios públicos de salud de la Provincia, en virtud del pedido de suspensión de asistencia médica en materia de políticas públicas de salud y derechos sexuales y reproductivos instada ante la justicia cordobesa. A consideración de los presentantes, tal petición vulnera derechos

constitucionales de las mujeres a saber: a su derecho a la salud reconocido por el artículo 12 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo 12 de la Convención de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y al tratamiento igualitario reconocido, entre otros, por los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 2. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Justifican la procedencia de su presentación y la legitimación invocada. Bajo el acápite hechos , reseñan lo sucedido desde el dictado del fallo FAL de la CSJN, y lo acontecido en esta causa.

Efectúan valoraciones respecto a la figura del Amicus Curiae, y solicitan se incorpore su presentación, teniéndose en cuenta al resolver lo aquí expuesto y desarrollado.-

Derecho a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, y a la no discriminación y a la igualdad de las mujeres en materia de acceso a los abortos no punibles en caso de violación. Entienden que la lectura e interpretación del art. 86 del Cód. Penal debe hacerse de acuerdo a lo que establece la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 y las leyes vigentes que reconocen y garantizan el derecho a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y a la no discriminación, en consonancia con lo ya establecido por diversas instancias superiores de justicia de nuestro país, que citan. Todo ello teniendo en cuenta que tales normativas son ley superior de nuestro ordenamiento jurídico, conformando un bloque de constitucionalidad. Sin pretender entrar en la discusión de las diferentes posturas teóricas y doctrinarias que se han presentado para analizar las fuentes del derecho (monismo versus dualismo) les parece de central trascendencia el avance y la contribución que importantes teóricos del derecho constitucional han aportado en esta dirección. No sólo se reconoce que la reforma constitucional de 1994 al introducir en el Art. 75 inc. 22 los tratados de derechos Humanos al texto constitucional, sino que al introducir en su texto la particular frase que en las condiciones de su vigencia , nuestro país hizo una opción de incorporar dichas normas como fuentes del derecho interno. Más aún, Rossetti sostiene que antes de dicha reforma, las normas en sentido amplio de la palabra (incluye no sólo el texto literal de los tratados, sino también las decisiones que derivan de ellos, es decir, las normas que producen los organismos encargados de monitorear sus cumplimientos) formaban parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el momento de la ratificación de los Tratados de Derechos Humanos por parte del estado Argentino y por lo dispuesto en la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, también ratificada por nuestro país. En este sentido dice el autor antes citado: las Observaciones Generales u Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, las Observaciones Consultivas, los informes temáticos o por países, y demás documentos que emanan de los órganos que controlan los tratados que el país ha ratificado también comportan fuentes de nuestro derecho . Así mismo, en relación al alcance de la jurisprudencia internacional y las distintas normativas que se dan en este ámbito, también resultan relevantes los aportes que el Dr. Sagües, aún cuando su análisis se acote sólo al control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien indicara que es un instrumento eficaz para construir un ius commune interamericano en materia de derechos personales y constitucionales y agrega su éxito dependerá (...) de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales . Por otra parte, más allá del valor de Las decisiones provenientes de los organismos supranacionales, regionales y las normas que

informan el sistema internacional al que la Argentina ha decidido suscribir, les interesa acercar aquí también un argumento de mayor peso que atiende al valor judicial proveniente de nuestro derecho interno propiamente dicho. Es así que Rossetti también aquí nos brinda con claridad explicativa las implicancias de las decisiones judiciales internas: 'Es claro que las decisiones de los órganos internos son obligatorias y cuando de órganos jurisdiccionales internos se trata también es así para las partes involucradas, cuando quedan firmes, ello con independencia que luego se cumplan o no, que sean 'realmente ejecutables/das o no. A su vez las decisiones de los tribunales y máxime cuando son de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- sientan jurisprudencia , es decir que se vuelven fuentes de derecho. En este último caso en particular, tiene dicho la CS.JN que sus sentencias deben ser respetadas, a más que los jueces inferiores no pueden salvo que den razones justificatorias- dejar de seguir la jurisprudencia por ella sentada . Que dichos instrumentos legales rigen en la Argentina en las condiciones de su vigencia, siendo las autoridades internacionales competentes para el monitoreo, lo que podría implicar la eventual responsabilidad de la Argentina frente a la comunidad internacional.

Que en lo referente a la previsión de los casos de aborto caso de violación de la mujer, se observa en Argentina que a pesar de su legalidad, el acceso a esta práctica médica no está garantizado. Cita lo que diferentes Comités de Derechos Humanos vienen señalando al respecto hace más de diez años sobre esta situación. Que ello evidencia la grave situación de violación a derechos fundamentales que implica en Argentina la denegación del acceso al aborto cuando la legislación interna así lo habilita, aspecto íntimamente vinculado con el fondo de lo discutido en esta causa. Destacan las circunstancias de clandestinidad en que se practican los abortos y sus incidencias, agregando que no se puede desconocer la prevalencia que los abortos inseguros tienen sobre la salud de las mujeres de escasos recursos económicos quienes ante las complicaciones que puedan acarrearles una práctica insegura ponen en riesgo su salud y vida antes que enfrentarse a la posibilidad de una denuncia penal en los servicios públicos de salud. Que en nuestro país esta es la segunda causa de muerte materna. Esos datos ponen en evidencia que la penalización del aborto, así como la incoherencia reinante en nuestro país respecto de los casos de legalidad amparados por la ley penal, no desalienta su práctica, sino que según surge de las tasas de aborto arrojadas por fuentes oficiales, que la prohibición genera un acceso a técnicas abortivas diferenciales, de modo desigual y fragmentada, cuya prevalencia negativa la acarrearán prioritariamente las mujeres que no tienen acceso a recursos sanitarios de carácter públicos y de brindarles servicios de salud seguros y de calidad. Los casos de abortos que han salido a la luz por medio de la prensa, dan cuenta de la situación de precariedad en que se encontraban mujeres que perdieron la vida a causa de abortos inseguros. Denuncian que por ello se producen múltiples violaciones a derechos de las mujeres consagrados en diversos Tratados Internacionales, que citan, además de las recomendaciones de diferentes Organismos Internacionales de Derechos Humanos; en especial el CEDAW que llamó a los Estados partes de abstenerse de imponer medidas que coarten las acciones de mujeres en vinculación con el cuidado de su salud, reconociendo cómo determinadas prácticas médicas y regulaciones legales afectan de modo exclusivo a las mujeres. Citan además lo señalado por el Relator especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre esta cuestión en particular. Agregan que también sobre el tema se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- quien exhortó al Estado Argentino

a revisar la normativa en materia de salud sexual y reproductiva cuya incidencia pueda tener un impacto discriminatorio y diferenciado en las mujeres.

De este modo, la situación de ilegalidad del aborto, sumada a la inaccesibilidad fáctica a los casos de aborto expresamente permitidos por la ley, a la falta de implementación de políticas integrales en materia de salud sexual y reproductiva, así como la alta incidencia de mandatos culturales y morales conservadores en los servicios de justicia y salud respecto de los roles de las mujeres en la sociedad, se traducen en una violación constante de los derechos humanos de las mujeres.

Por otro lado es de destacar, los datos más recientes que demuestran cual es la posición de la ciudadanía cordobesa en relación a la penalización del aborto. Según un informe realizado por investigadores del Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y del Equipo de Psicología Política de la Facultad de Psicología de la UNC, a partir de encuestas realizadas a 459 ciudadanos de entre 18 y 66 años de la ciudad de Córdoba seleccionados por un muestreo probabilístico de tipo domiciliario, se evidencia un elevado porcentaje de la población cordobesa para quienes el aborto debe permitirse en determinadas circunstancias, a saber: el 83.5% de la muestra acuerda con que se permita el aborto si el embarazo es producto de una violación y casi el 80% está de acuerdo con la interrupción del embarazo en caso de que este ponga en peligro la vida de la mujer. En casos de que la mujer padezca alguna discapacidad mental, la aprobación alcanza un 70%. Estos porcentajes no dejan dudas sobre la forma en que la sociedad construye este derecho, alejándose de dobles discursos y posturas hipócritas que alguna vez primaron y otorgándole una altísima legitimidad a los casos de aborto por violación, sea la mujer sana mentalmente o bien padezca alguna discapacidad.

Advierten sobre la responsabilidad internacional del Estado, indicada en el caso FAL, y lo sucedido respecto a la Argentina ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Agregan que los reiterados incumplimientos de los dictámenes y resoluciones de los Comités Internacionales no sólo implican la falta de escucha por parte de nuestros Tribunales a especialistas y actores internacionales en la materia, sino que dichos incumplimientos importan inseguridad jurídica. Que esta tendencia ha sido revertida por la CSJN en el caso FAL, y es de esperar que los juzgados inferiores den coherencia y sentido a este conjunto de derechos de raigambre constitucional sobre el que se viene discutiendo.

Que al amparo de estos debates, es que entienden que la Resolución N°93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, a través de la cual crea la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles, busca ajustar el discurso jurídico a las prácticas sociales actuales, así como a la normativa de raigambre constitucional vigente, garantizando políticas públicas necesarias para que las mujeres puedan efectivamente, acceder a un recurso legal como son las prácticas previstas por el Art. 86 de nuestro Código Penal.

Piden participación, y se tengan en cuenta los argumentos vertidos.-

49.- Mediante decreto del 12/06/2012 (fs. 513), el Tribunal provee en los siguientes términos: Córdoba 12 de junio de 2012. Incorpórese para agregar. Proveyendo a fs. 433/442 : por presentada, por parte en el carácter invocado. Por evacuada la vista A fs. 443/511: téngase presente. Por aplicación analógica de la Acordada 28/2004 (Amicus curiae) dictada por la C.S.J téngase presente la actividad de alegación desarrollada. No obstante ello hágase saber

que la participación procesal del compareciente en la calidad aludida no implica participación alguna dentro de la relación jurídica- procesal. Repárese que no reviste calidad de parte y por ende su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal. .-

50.- Con fecha 25/06/2012 comparece la Dra. Mónica TAGLE, Asesora Letrada Civil del 9° Turno, y evacua el traslado corrido. Luego de reseñar lo sucedido en la causa, indica que es de hacer presente que esta es la primera oportunidad en que se toma conocimiento de la causa y en atención a su estado procesal, y dicho Ministerio procederá a expedirse en relación al planteo de fondo referido a la constitucionalidad de la Resolución N° 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba. A tal fin y por razones metodológicas, se analizará en un primer término la normativa en crisis verificando su correspondencia con el plexo normativo constitucional a fin de arribar a una solución que permita expedirse respecto de su constitucionalidad o no. Ante la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 incisos 1 y 2 del Código Penal preciso es decir que dicha ampliación fue acogida favorablemente por el Tribunal en los términos del art. 179 del CPC a contrario sensu. Discrepando con la solución del Tribunal se interpreta que dicha ampliación no debió ser acogida pues el planteo fue extemporáneo e infundado. En efecto en virtud de lo prescripto por el art. 2 inc. e) de la Ley provincial N° 4.915 el plazo para su cuestionamiento se encontraba hartamente vencido. Asimismo su improcedencia deviene que el mismo no fue debidamente fundado ya que los amparistas remiten a los fundamentos referidos a los puntos IV apartados e, f, g., y h. y todos los acápites que los integran, sin ponderar que los puntos allí desarrollados no están referidos a la inconstitucionalidad. Es decir, dicho en otras palabras, carece de autonomía y autosuficiencia, lo cual debió efectuarse máxime si se considera la entidad del planteamiento en que se debate la constitucionalidad de una norma. La admisión por el Tribunal de la ampliación resulta contraria a los principios de la acción de amparo, ya que ordinariza su trámite aplicando nuestro Código ritual, cuando dicha acción se encuentra regulada en su trámite y plazos en una ley especial (ley provincial N° 4.915). De tal manera se desnaturaliza la finalidad caracterizada por ser una acción expedita y rápida.

-

Ingresando a la cuestión central del planteo del Portal de Belén Asociación Civil, debe consignarse que en nuestro régimen federal las provincias conservan las competencias no delegadas al Gobierno federal conforme lo dispone el art. 121 de la C.N. Entre éstas se encuentra el derecho a la salud y el poder de policía en esta materia. Esta facultad conservada en materia de salud pública resulta una competencia prohibida a la Nación, y ha sido asumida por la Provincia de Córdoba en su Constitución Provincial, tanto en el art. 16 - Cláusula Federal- que reza: (...) Corresponde al Gobierno Provincial: 1. Ejercer los derechos y competencias no delegadas al Gobierno Federal. Art. 19.- Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1 A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal. Asimismo, en el art. 59 cuando prescribe: La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psico físico, espiritual, ambiental y social. La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la

solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio Provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos . -

A nivel de legislación provincial, se concretó el dictado de las siguientes leyes: Ley N° 6.222 de Salud Pública que prescribe: Artículo 5°.- Las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud, existentes o que se creen, están obligadas a: a)(...), b) Respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, conservándola por medios ordinarios. Para la prolongación de la vida, la aplicación de medios extraordinarios quedará reservada al sano juicio del médico y a la voluntad del paciente o de sus familiares en caso de impedimento de éste; Artículo 70 Les está prohibido: (...) a) . . ., d) Practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin; Ley N° 9.133 ley de garantías saludables: Artículo 1° Créase el sistema integrado provincial de atención de la salud, a cuyo marco el Estado Provincial deberá ajustar el desarrollo de sus acciones en garantía del derecho a la salud de todos los habitantes de la Provincia, sobre la base de la igualdad en el acceso a las prestaciones, de la equidad en la asignación de los recursos y la difusión y promoción del autocuidado de la persona, el que estará integrado por la totalidad de los prestadores habilitados por la Autoridad Sanitaria Provincial. Artículo 7°.- Las resoluciones que emanen de la Autoridad de Aplicación, en cumplimiento de las acciones definidas en esta Ley, serán de observancia obligatoria por parte de todos los profesionales, técnicos, instituciones, asociaciones, organizaciones y establecimientos, cuya actividad vinculada a la salud humana, hubiere sido habilitada por autoridad provincial competente. El incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y de las Resoluciones que dicte la Autoridad de Aplicación, será causal de suspensión o cancelación de la habilitación referida, conforme al procedimiento que establezca la reglamentación. Artículo 8°.- El Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba será la Autoridad de Aplicación de esta . Ley N° 9.344 régimen de aplicación de la ley no 26.130 -intervenciones quirúrgicas de contracepción- en el ámbito del servicio de salud pública de la provincia de córdoba Artículo 1°.- Objeto. DISPÓNESE la aplicación de la Ley Nacional N° 26.130 en el ámbito del servicio público de salud de la Provincia de Córdoba, en un todo de acuerdo a lo establecido en la presente normativa.

Adviértase en el procedimiento seguido para la Ley provincial N° 9.344 transcrita supra, en que mediante una ley de la Legislatura provincial se legisló en materia de salud.

En cambio, el trámite seguido para el establecimiento de la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que solicitan Prácticas de Aborto no punible contemplado en el art. 86 inc. 2 del CP, con independencia de la capacidad mental de la víctima, tal como fue aprobada por el Poder Ejecutivo local, genera una situación de coexistencia entre la Resolución N° 93/12, por un lado, y, por el otro, la prohibición a todos los profesionales de la salud de practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin (art. 7 inc. d) de la Ley N° 6.222). Esta contradicción del orden normativo provincial se produce por el dictado de una resolución ministerial que, ejerciendo facultades reglamentarias de alcance general, suplanta la atribución exclusiva y excluyente del Poder Legislativo de armonizar la legislación local vigente en esta materia (art. 104 inc. 40 Constitución de la Provincia de Córdoba). Ello torna inconstitucional la Resolución N° 93/12 del Ministerio de Salud provincial ya que ésta establece en sus Vistos que la normativa aplicable al objeto de la Resolución es: (...) la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional, el artículo 86, incisos 1° y 2° del

Código Penal de la Nación, Leyes Nacionales N° 26.061, N° 26.130; y N° 26.529; la Constitución de la Provincia de Córdoba; Leyes Provinciales N° 6.222, N° 8.835, N° 9.133; N° 9.344 y N° 10.029; Resoluciones del Ministerio de Salud de la Provincia N° 1752/02 y N° 45/07; mediante el cual se gestiona la aprobación de la Guía de Procedimientos para la Atención de pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles .-

Pero lo enunciado en los Vistos no encuentra su correlato ni en los considerandos ni en el resolvo de la Resolución ministerial, violentando la estructura lógica de ésta y la jerarquía normativa establecida por la Constitución Provincial. Se pone de resalto que no se trata de analizar la constitucionalidad del art. 86 del Código Penal y si esta Resolución censurada es, como sostiene el Ministerio Fiscal, (...) una norma procedimental, compendio de actuación cuando se presenta el cuadro de situación contemplado en el art. 86... corolario procedimental del art. 86 no peca de inconstitucional, por que no lo es la norma de fondo a la cual tiende a viabilizar y por que en su regulación no modifica en modo alguno a esa norma de fondo ; sino, de determinar si la Resolución del Ministerio de Salud N°93/12 se adecua o no a nuestra jerarquía normativa en su totalidad. -

En consonancia con lo expresado respecto de la necesidad del dictado de una ley provincial que establezca el protocolo y/o guía de abortos no punibles, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo F.A.L. si medidas autosatisfactiva-, también sostuvo en los Considerandos 29 y 30 que: (...) corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual. . . . Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso .

Que por todo lo expresado, es criterio del Ministerio Pupilar que la Resolución N° 93/12 de fecha 30/03/2012 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba deviene inconstitucional y debe desestimarse la ampliación de la demanda impetrada respecto de la inconstitucionalidad del art. 86, en sus dos incisos, del Código Penal, por extemporánea e improcedente en los términos de la ley provincial N°4.915.

51.- Con fecha 14/06/2012 (fs. 520/525), comparece la Dra. Paula FERRO, Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación (la presentación se incorpora en un Para Agregar , en razón de que el expediente se encontraba prestado al apoderado de la demandada), también en calidad de Amicus Curiae.

Bajo el acápite Legitimación activa e interés , indica que el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, fue creado por ley 25673, y tiene como propósito promover la igualdad de derechos, la equidad y la justicia social así como contribuir a mejorar la estructura de oportunidades, en el campo de la salud sexual. Entre sus objetivos se encuentra a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de vih/sida y patologías genital y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable (artículo 2 de la mencionada ley). En el marco de la gestión encaminada para cumplir las mandas de la ley, en el año 2010 el Programa elaboró la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, que actualmente se encuentra incluida en la página de Internet del programa <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/>, para ser aplicada en todo el territorio nacional. La Guía Técnica también fue elaborada en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, que incluye a las provincias, y en particular de recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por lo demás, el reciente Fallo 259 XLVI de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que trató los abortos no punibles del artículo 86 del Código Penal, vino a zanjar los obstáculos jurídicos que se habían construido para la debida aplicación del artículo, y definió la obligatoriedad del Estado de elaborar instrumentos como los protocolos o guías para implementar el derecho a acceder al aborto no punible. Toda vez que la Guía Técnica nacional debe, en consecuencia, ser aplicada por las Provincias, o en su caso ser respetada por los instrumentos de aplicación provinciales, que deben estar en consonancia con ella, el asunto tratado en esta acción de amparo resulta de crucial interés para el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Que el objeto de esta presentación es aportar al suscripto los argumentos que considera importantes y relevantes al momento de la resolución de presente caso.

Cuestiones relevantes a tener en cuenta. Acciones Gubernamentales. Mediante una decisión cautelar, en autos dispuso suspender la aplicación en las instituciones de salud de la Provincia de Córdoba, la Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible , dictada por el Ministerio de Salud Provincial por Resolución 93/12 del 26 de marzo de 2012, en ejercicio de sus facultades como órgano del Poder Ejecutivo Provincial. Ahora bien, dicha Guía de Procedimiento fue emitida con fundamento en el citado

reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Guía Técnica nacional también referida (véanse considerandos cuarto, quinto, séptimo y noveno de la Resolución). Es decir, ese acto administrativo tiene fundamento legal en una cuestión jurídica que se encuentra zanjada, esto es, la aplicación del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal de la Nación. Recordemos que conforme el artículo 126 de la Constitución Nacional las Provincias no tienen jurisdicción para reformar o modificar este cuerpo legal. En consecuencia, la decisión del Gobierno de la Provincia de Córdoba responde principalmente a una obligación legal, y también a razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Vale la pena recordar aquí el ya conocido párrafo 29 del fallo de la Corte mencionado en el que nuestra máxima autoridad judicial manda la elaboración de protocolos como el que V.S. ha ordenado suspender mediante la medida cautelar, el que cita. Aparece por demás clara la obligación de los Estados provinciales de elaborar y aprobar Guías como las que este amparo trata, que el Gobierno de Córdoba ha cumplido como corresponde. Encontrándose pues definitivamente resuelto el aspecto jurídico del aborto no punible, respetuosamente no es posible comprender cómo un órgano judicial puede atribuirse funciones de tipo ejecutivas o administrativas que constitucionalmente le están vedadas, y de esa manera intervenir ilegítimamente suspendiendo una acción pura de gobierno. Por el contrario, sí hubiera sido legítimo intervenir en caso de que el órgano ejecutivo no hubiera implementado acción alguna para tornar aplicable y accesible el derecho al aborto no punible ya establecido por la Corte Suprema de Justicia. Por si fuera necesario recordar, aunque V.S. por su carácter de magistrado así lo conoce, el fallo del máximo Tribunal nacional dictado tiene la fuerza legal para convertirse en obligatorio para el sistema judicial y las agencias de gobierno que resulten involucradas, como la de salud, en tanto el propio Tribunal no modifique su postura. Esto ha sido y es desde siempre doctrina en el sistema judicial argentino. Sería una proposición absurda por definición afirmar que a poco de resolver un fallo, la Corte vaya a modificar su postura en lo inmediato, Y es menospreciar y desconocer la institucionalidad de la máxima autoridad judicial del país suponer que su decisión no fue debidamente reflexionada, ponderada y justificada jurídicamente. Por lo demás, la Corte Suprema ha sido especialmente insistente en señalar que el fallo no atañe al caso individual, sino que se erige en doctrina que todos los Tribunales del país deben seguir y respetar. Es por todo esto que repercute con desconcierto que el argumento central en esta acción de amparo, así como en la medida cautelar, sea la alegada inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 86 Código Penal de la Nación, es decir, los abortos no punibles, deviene totalmente abstracta, a un mes del fallo de la Corte Suprema, dictado por unanimidad, la pretensión de un nuevo análisis sobre un tema ampliamente debatido y fundadamente resuelto por el máximo Tribunal. En todo caso, aparece con meridiana claridad que el dictado de la Resolución provincial y la aprobación de la Guía de Procedimientos provincial para la atención de los abortos no punibles, constituye un acto de gobierno puramente legal y legítimo, y que toda interferencia judicial frente a ellos no procede y debe dejar de existir. Finalmente, cabe adunar a todo ello que uno de los aspectos esenciales del fallo de la Corte Suprema en el caso del aborto no punible es el relativo a la intervención o participación judicial. La Corte estableció que no corresponde intervención judicial alguna ni autorización, orden o permiso judicial en relación a ningún aspecto del aborto no punible. Es decir, si el médico tratante verifica las condiciones objetivas y formales del artículo 86, incisos 1 y 2, entonces corresponde proceder a la intervención sin que el poder judicial tenga que expedirse en algún sentido. En consecuencia, el procesamiento de este amparo y su medida cautelar, no parecen estar en consonancia con el principio de la Corte de no intervención por parte del poder judicial. Que

la Corte fue clara en ese sentido. Los términos del párrafo que cita si bien se refieren a la no intervención judicial para un caso concreto de aborto no punible, también resulta aplicable en general al tratamiento del tema y a la no intervención de algún magistrado, algo que parece estar ocurriendo en este recurso de amparo.

Agrega que debe quedar claro que el incumplimiento de cualquier órgano del Estado en garantizar el acceso al aborto no punible, puede afectar en forma irreparable los derechos fundamentales de quien lo solicite, pero podría también comprometer seriamente la responsabilidad internacional de la Argentina frente a sus obligaciones y a la comunidad internacional, además de la propia responsabilidad personal de quienes incumplan. Si bien es incuestionable la autonomía de las provincias en lo relativo a ciertos aspectos de políticas sanitarias, lo cierto es que cuando las acciones irrumpen en los derechos humanos más esenciales de las personas, el Gobierno Federal se encuentra compelido a intervenir no sólo articulando con las autoridades provinciales, sino también ejerciendo la representación del Estado por actos de las provincias en el plano del derecho internacional. -

Como se señaló, una decisión judicial que no se adecue a las pautas establecidas por la Corte Suprema, puede comprometer la responsabilidad internacional de la Argentina y, por supuesto, la responsabilidad personal del órgano público que la emita. En este mismo fallo sobre aborto no punible, la Corte otra vez es explícita al respecto. Cabe recordar que en un caso de aborto no punible la República Argentina fue condenada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el caso conocido como LMR (identificado ante el Comité de Derechos Humanos como Comunicación 1608/2007 Luján Micaela Riquelme). Reeditar en la Argentina una actuación judicial que ya ha sido identificada como vulneradora de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, sería desconocer que los procedimientos de denuncia generan en el aparato estatal un mecanismo de no repetición. En esta tarea es central que todos los poderes del Estado sean contundentes en la apropiación de los acuerdos para generar los mecanismos que brinden una adecuada realización de los derechos fundamentales de nuestra población. El colocar a nuestro país en situación manifiesta de violación a los compromisos internacionales y por tanto sujeto a sanción o condena internacional, no debe ser soslayado ni aún por el más remoto agente judicial, ya que es una prevención que está inscripta en su responsabilidad institucional, que responde a la necesidad de defender los intereses de la Nación, y en última instancia puede comprometer su propia investidura.

Para fortalecer aún más los términos del fallo, la Corte Suprema hizo referencia también a las responsabilidades legales que podrían recaer sobre aquellos operadores que actúan o tomen decisiones contrarias a la ley. Las consecuencias penales a las que hace referencia la Corte no son otras que las derivadas de los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, Y esa responsabilidad atañe no sólo a los médicos tratantes, sino cualquier otro operador interviniente, incluso el judicial, como señala la Corte. En este sentido, parecerían aplicables los artículos 248 y 249 del Código Penal. Pero también podría haber consecuencias por los daños y perjuicios que puedan generar en la mujer que pide el aborto no punible, la negativa infundada a realizar la intervención. Estas responsabilidades pueden alcanzar no sólo a la institución, sino también a las personas físicas involucradas ya sean médicos tratantes o asesores, finalmente, sumada a la responsabilidad ante organismos internacionales y a la responsabilidad proveniente del derecho administrativo que podrían derivarse del incumplimiento del aborto no punible a partir del

fallo de la Corte, para este Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, cobra especial relevancia la responsabilidad derivada de la ley 26.485 de Violencia contra la Mujer, que establece un procedimiento judicial para determinar quién es el que comete el acto de violencia, y para eventualmente imponerle sanciones. La imposición de requisitos ilegales para acceder al aborto no punible, o el impedimento manifiesto, pueden constituir violencia contra la libertad reproductiva, en los términos del inciso d) del artículo 6 de la citada ley. En consecuencia, resultaría aplicable el procedimiento de denuncia de los artículos 19 in fine de la ley, que puede resultar en la imposición de medidas preventivas contra quien ejerce violencia (médico tratante u otros intervinientes), o en la aplicación de diferente tipos de sanciones, e incluso el ser incluido en un registro de agresores que lleva adelante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. -

Funda y justifica su intervención como Amicus Curiae, solicitando participación en tal carácter y pidiendo se consideren los argumentos aquí expresados al momento de resolver respecto del presente caso.-

52.- Con fecha 18/06/2012 (fs. 528/538), comparece la Asociación Pensamiento Penal (la presentación se incorpora en un Para Agregar , en razón de que el expediente se encontraba prestado al apoderado de la demandada), solicitando intervención como Amicus Curiae. Invoca, acredita y funda su legitimación, solicitando ser admitida en este juicio en el carácter indicado.

En sus fundamentos, sostiene la Constitucionalidad de ciertas prácticas abortivas. Este caso no puede ser analizado sin una inevitable referencia al caso FAL que resolviera el 13 de marzo de 2012 la CSJN. En dicha sentencia se expidió sobre la constitucionalidad de los abortos no punibles establecidos en los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal, e inclusive avanzó sobre la interpretación adecuada de uno de esos Supuestos. Relata los hechos del caso. Al resolver el caso, si bien la cuestión era abstracta porque el aborto ya se había realizado, la CSJN sostuvo que el aborto no es punible cuando existe un riesgo para la integridad física o psíquica de la mujer, y añadió que el aborto no punible previsto en el art. 86 Inc. 2 del CP alcanza a todas las mujeres víctimas de una violación, y que la autorización judicial no es necesaria para la realización de tales prácticas abortivas. La interpretación que la CSJN realizó respecto de esos casos de abortos no punibles, las basó, sobre todo en un análisis claro y profundo de las disposiciones de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales protectores de Derechos Humanos. En efecto, el fallo FAL otorga una serie de pautas hermenéuticas sobre la temática de abortos no punibles, realizadas en base a dicho plexo constitucional y convencional. Asimismo, es dable aclarar que las pautas de interpretación brindadas por la CSJN, resultan de suma importancia para contrarrestar la inseguridad jurídica del aborto no punible, toda vez que en la praxis, las mujeres que cumplen con los requisitos que ordena la ley no pueden acceder en forma rápida a un aborto gratuito, legal, y seguro, como así también establecen una serie de estándares que no pueden ser dejados de lado por los otros poderes al legislar sobre el aborto, o reglamentar la práctica de abortos no punibles. Con relación a las pautas hermenéuticas, en primer lugar, la CSJN, según el voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda, y Zaffaroni hizo un pormenorizado examen de las disposiciones contenidas en el art. 86 Inc. 1 y 2 CP. A los efectos de evitar reiteraciones innecesarias sobre aspectos que son conocidos en el campo jurídico basta afirmar sucintamente que: 1. El art. 75 Inc. 23 de la CN no otorga ninguna pauta que permita afirmar que el aborto no punible es inconstitucional, o que el art. 86 Inc. 2

CP se deba interpretar en forma restrictiva. El artículo constitucional mencionado atribuye al Poder Legislativo la facultad de dictar un régimen de seguridad social que garantice el ejercicio y goce de los derechos fundamentales a sectores desaventajados, no pudiendo dicha norma referir cuestión alguna relacionada con el aborto no punible (Cfr. considerando 9°). 2. Las normas previstas en el artículo primero de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y en el artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no prohíben el aborto no punible, como así tampoco propician una interpretación restrictiva del art. 86 Inc. 2 CP por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, Baby Boy, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos) (Cfr. considerando 10°). 3. El derecho de toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3 CADH) no brinda sustento a la prohibición del aborto no punible, ni propicia una interpretación acotada del art. 86 CP (cfr. considerando 10°). 4. Las previsiones de los arts. 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) -derecho a la vida y a la personalidad jurídica-, analizadas en conjunto con el respectivo art. 1° de esa declaración tampoco aportan elementos contra los abortos no punibles, o a favor de una interpretación limitada del art. 86 (cfr. considerando 11°) 5. El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) no avalan tampoco tales derivaciones. En tal sentido destacó que ...existen numerosas observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU (órgano que supervisa la aplicación del Pacto) en las que se afirma que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación (ver Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB) . En esa misma línea es de destacar que al examinar la situación de Argentina el Comité expresó su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 CP (Informe CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010). 6. Con relación a la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la CSJN afirmó que ella no era contraria a la interpretación amplia del art. 86 Inc. 2 CP. De hecho, apuntó que el Comité de los Derechos del Niño también había manifestado su preocupación por la aplicación restrictiva del art. 86 Inc. 2 CP. En suma, el plexo normativo constitucional y convencional analizado por la CSJN da cuenta de que es plenamente compatible con la regulación de la práctica de abortos no punibles, así como de la interpretación amplia del art. 86 inc. 2 CP. -

Interpretación constitucional del art. 86 inc. 2 CP. Aclaradas las pautas hermenéuticas acordes al plexo constitucional y convencional, corresponde destacar que la interpretación válida de la previsión del art. 86 inc. 2 CF es la denominada amplia . Sabido es que históricamente, se han contrapuesto dos posturas sobre el alcance con que debe ser interpretado dicha regla. A grandes trazos se pueden plantear de la siguiente forma: por un lado, una postura planteaba que el aborto no punible legislado por la disposición de mención solo se podía practicar a la mujer que no resultaba capaz; por otra parte, la tesis más adecuada a los estándares constitucionales establece que el aborto no es punible si se practica por un médico y con el consentimiento, respecto de mujeres damnificadas del delito de violación, con independencia de cualquier otra exigencia. La CSJN adhirió sin hesitaciones a la segunda postura, que como hemos demostrado en el análisis realizado del fallo de referencia. Asimismo, como también ha reseñado, los órganos de aplicación del PIDCyP y de la CDN

han manifestado su preocupación por la interpretación, y consiguiente aplicación, restrictiva que se hacía en nuestro país de la regulación del aborto no punible previsto en el art. 86 inc. 2 CP.-

Inexigibilidad de denuncia judicial alguna. Otro tópico de suma importancia abordado por el fallo de referencia ha sido la necesidad de que quien es damnificada de un delito de violación deba realizar un trámite judicial para poder llevar a cabo un aborto. En esta cuestión la CSJN sostuvo, al ser abordada en el voto mayoritario, que la mujer que se encuentra en situación de realizar un aborto no punible ... no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible. (considerando 21). Asimismo, la CSJN realizó una crítica abierta a los profesionales de la salud y a los operadores de los poderes judiciales provinciales. En resumen el fallo de la CSJN no deja lugar a dudas con relación a la invalidez de las eventuales exigencias de autorizaciones judiciales para practicar un aborto no punible. En ese mismo sentido, no es menor destacar las sólidas palabras del fallo de mención respecto de la solicitud de una autorización judicial para realizar un aborto no punible. En por ello que la exigencia por parte de las corporaciones médica y judicial de una autorización judicial para realizar un aborto, además de ser una práctica contraria a la ley, compromete seriamente la responsabilidad internacional del Estado argentino. Tampoco puede dejarse de lado, que la exigencia de una autorización judicial en los casos de abortos no punibles, implica someter a la mujer a un trámite innecesario, burocrático, que en caso de haber sido víctima de un delito contra su integridad sexual no hace más que revictimizarla. -

Necesidad de protocolos hospitalarios. En la sentencia dictada la CSJN exhortó a las provincias a que sancionaran protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual, teniendo en cuenta las premisas que surgían de dicha resolución. Además de ello los gobiernos debían realizar campañas de capacitación pública para que las víctimas de violación conocieran sus derechos. No cabe duda que la correcta reglamentación de la atención de abortos no punibles es una cuestión de política pública en materia de salud que tanto el Estado Nacional como las provincias no pueden eludir. En suma, y mucho más allá de la exhortación de la CSJN, la CN como así también los tratados internacionales protectores de Derechos Humanos establecen una serie de premisas de las que ningún gobierno respetuoso de tales derechos humanos de las mujeres puede desconocer. En tal sentido, no es menor destacar que las pautas de interpretación indicadas por los organismos internacionales respecto de las disposiciones de los tratados protectores de Derechos Humanos deben ser una guía que los poderes públicos no pueden desoír, por cuanto el Estado argentino incorporó tales instrumentos en las condiciones de su vigencia, como lo prescribe el art. 75 Inc. 22 de la CN. En conclusión, el establecimiento de un protocolo por parte de la provincia de Córdoba, no sólo adecua la política pública a la exhortación explicitada por la CSJN en el caso 'F., A. L. ', sino que articula un mecanismo que, aún antes del fallo, le era exigible conforme las disposiciones internacionales. -

Necesidad de una perspectiva integral de la problemática. Sin perjuicio del análisis ya realizado sobre la jurisprudencia reciente de la CSJN y sus implicancias a nivel nacional, la situación en la que se halla el caso de estudio en el expediente en el que nos presentamos, en especial el dictado de una medida cautelar y las implicancias cotidianas de dicha resolución,

hace pertinente destacar otras cuestiones de suma relevancia. Un atento examen de la problemática del aborto tanto a nivel mundial como en nuestro país lleva a la convicción de que la realidad comprometida resulta acuciante. Solo por año se estima que en Argentina se producen entre 460 mil y 600 mil y cerca de 80.000 mujeres de todas las edades son hospitalizadas como consecuencia. El dato más escalofriante lo constituye la cantidad de mujeres muertas - niñas, adolescentes y mujeres adultas por abortos: un centenar anual, constituyendo ésta la primera causa de mortalidad materna en el quinquenio 2004-2008. La causa de tantas muertes la constituye el practicarse un aborto inseguro que según la Organización Mundial de la Salud es '...un procedimiento para terminar un embarazo que es efectuado ya sea por personas que carecen de las

habilidades necesarias o en condiciones carentes de

los estándares médicos mínimos, o ambas cosas . Ante este incontrastable dato de la realidad, el mero examen jurídico de la problemática se convierte en un abordaje sesgado que obstaculiza un adecuado servicio de justicia. Es por ello que resolver sobre la constitucionalidad del art. 86 CP así declarado por la CSJN en la sentencia referida y de los protocolos médicos hospitalarios que garantizan el acceso a un aborto seguro, sin realizar un análisis de la problemática a la luz de las cuestiones criminológicas, sociales, económicas, médicas, sanitarias, de acceso a la justicia y de género involucradas tornaría a la decisión jurídica en un instrumento más de violencia institucional en contra de las mujeres. -

Cuestiones criminológicas. Desde una perspectiva criminológica, es decir, desde un análisis de la cuestión criminal que tenga como objetivo final reducir la violencia, en el estricto respeto de las personas y sus derechos<sup>7</sup>, debemos explicitar que ni la criminalización primaria ni secundaria de los abortos realizados como consecuencia de un embarazo no deseado, producto de una relación sexual forzada, previene su efectivo acaecimiento. Dicho en otros términos, afirmar que la punición de los abortos garantiza que no se lleven a cabo; implica otorgar una eficacia preventiva a la pena cuya validez y corroboración fáctica se desconoce. -

En efecto, los motivos por los cuales las mujeres deciden practicarse un aborto responden a su propio ámbito de autodeterminación en el que el Estado no puede entrometerse por imperio del art. 19 CN. Así, las mujeres, soberanas de su propio destino<sup>10</sup>, ante un embarazo no deseado producto de una relación sexual forzada, optan por llevarlo a término o interrumpirlo según sus propias convicciones íntimas éticas, religiosas, afectivas, económicas y, en definitiva, personales-. Por ende, ningún sentido tiene la amenaza de pena según una interpretación restrictiva del art. 86 inc. 2 CP ya descartada- en la decisión de la mujer, sino que por el contrario es un aporte más al ejercicio de violencia institucional. Es así que sabemos de los males que acarrea la restricción de la no punibilidad del aborto y la falta de implementación de protocolos hospitalarios que posibiliten el acceso a la práctica abortiva de forma segura. Entre esos males, claro está, se encuentra la mortalidad. A raíz de lo expuesto, podemos afirmar que la restricción del aborto no punible y la falta de implementación de guías médicas para la atención integral de las mujeres condenan a una gran cantidad de personas a la clandestinidad, aumentando el riesgo de perder la vida o la integridad. Todo ello acontece con la complacencia del Estado, y en ciertos casos en particular del poder judicial, aun cuando varios organismos internacionales han advertido la situación. Es válido destacar que la CSJN en el fallo mencionado ha destacado que distintos

órganos de aplicación de los tratados de Derechos Humanos se han pronunciado contra el Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial. En otro orden de ideas, considerar que el bien jurídico vida solo se protege mediante una expansión del poder punitivo, al sancionar penalmente la interrupción del embarazo producto de una relación sexual forzada, mansilla el principio rector del derecho penal en tanto ultima ratio. En tal sentido resulta clarificador lo dicho en el dictamen de la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, y del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por otro lado, en relación a la falta de implementación de los protocolos médicos que garanticen un aborto seguro, debe tenerse especial consideración el hecho de que las mujeres que deseen interrumpir un embarazo producto de un ataque sexual, ante la ausencia de guías operativas, sufrirán una nueva victimización imputable solo al Estado.-

Cuestiones sociales y económicas. Según el Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, los lugares de residencia donde las mujeres tienen muy alto riesgo de morir por causas evitables complicaciones ligadas al aborto- son las provincias donde existe un alto grado de inequidad social'. De ello se desprende que existe una directa relación entre la condición económica y social de la mujer y la posibilidad de acceder a un aborto seguro. Sabido es que existen clínicas privadas o profesionales de la salud que de manera clandestina realizan abortos a cambio de altas sumas de dinero. Cuanto más dinero invierta la mujer en la práctica, más seguro será el aborto y más posibilidades de vivir tendrá. Como contrapartida, aquellas mujeres que carecen de los medios económicos y sociales necesarios para acceder a estas costosas prácticas, optan por efectuarse el aborto en lugares riesgosos, en manos de personas no profesionales. No es menor advertir que la medida cautelar dispuesta en autos posee directa implicancia en este tipo de situaciones.

Esta disparidad económica y social también se percibe en las posibilidades de obtener el medicamento Misoprostol, incluido en el año 2009 por la OMS para el tratamiento del aborto incompleto en su lista modelo de medicamentos esenciales, respecto del cual existe cierto consenso entre los expertos en que el uso de esta medicación permite a las mujeres acceder a un método no invasivo, muy seguro y eficaz para la interrupción de un embarazo, que además no requiere la participación de terceras partes. En virtud de una reglamentación de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), el medicamento solo se puede adquirir en farmacias privadas y bajo receta archivada'. Esto se traduce en que la mujer que tenga posibilidades económicas y sociales de solicitarle a un médico de confianza una receta de esas características, accederá al medicamento sin mayores complicaciones. Por el contrario, aquella mujer que carezca de medios deberá concurrir a un hospital público con todo lo que ello implica en cuanto a la falta de turnos, largas esperas, distancias hasta el nosocomio para solicitar la receta, o bien deberá de hacerse de los recursos necesarios para abonar el medicamento en el mercado ilegal, cuyo costo, por supuesto, es mucho más alto. -

Todo lo expuesto constituye una discriminación de la mujer por su condición económica y social prohibida por el art. 6 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer Convención De Belem Do Para y arts. 2, 3 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).-

Cuestiones médicas. Hace tiempo ya que el concepto de salud ha dejado de estar ceñido a la ausencia de enfermedad física, orgánica. En especial, cuando se trata de la interrupción de un embarazo no deseado producto de una relación sexual forzada, establecer que solo se justificará el aborto cuando corra peligro la salud física de la madre por imperio del art. 86 inc. 1 cp ello en virtud de la tesis restrictiva del art. 86 inc. 2, ya descartada- constituye un cercenamiento legal no permitido hermenéuticamente, pues, no se puede sesgar caprichosamente una definición que contempla la integralidad del ser humano. Además, limitar el término salud a lo netamente físico demuestra un desconocimiento cabal de lo que un aborto trae aparejado a nivel afectivo, psíquico y, por supuesto, físico. Una interpretación contraria, vulnera el derecho a la protección integral de la salud de las mujeres y la garantía de no discriminación en cuanto al acceso a la atención médica contemplado en el art. 12 de la CEDAW. -

Cuestiones sanitarias. El aborto en general, y en mayor medida aquellos no punibles, deben analizarse en el marco de lo que sucede en relación a ellos dentro del sistema de salud pública, por ser éste el que en último término termina por contener y asistir a las mujeres. La necesidad de la implementación de protocolos radica, entonces, en evitar que en dichos centros de salud medien confusiones sobre las posibilidades legales de realizar determinados abortos. Por citar solo una jurisdicción, el Informe sobre la Provincia de Neuquén del Ministerio de Salud de la Nación muestra cómo los profesionales de la salud tienen sus reparos para llevar adelante el procedimiento, no basados en una objeción de conciencia sino por meros temores de tener luego algún problema legal. Ante ello exigen una autorización legal. Este temor de los agentes sanitarios se traduce en última instancia en una clara afectación de los derechos de las mujeres. Al respecto valga reiterar que la CSJN ha sido contundente. En consecuencia, y más allá de las innumerables trabas burocráticas a las que debe someterse usualmente una mujer que desea interrumpir su embarazo producto de una relación sexual forzada, esto importa un prohibido trato cruel en los términos de la CADH. -

Cuestiones relativas al servicio de justicia. Tal como dejás expresado al tratar la cuestión sanitaria, es menester comprender que desde la agencia judicial también se introducen trabas burocráticas en los casos en los que legalmente los abortos están permitidos (la pretensión de la amparista lamentablemente va en esa dirección). En cierta manera, las mujeres son obligadas a transitar todo un derrotero judicial que además de constituir una nueva victimización, termina por aumentar aún más el riesgo de su propia vida e integridad. Dicho en otros términos, a tenor de lo dispuesto por el art. 86 inc. 2 del Código Penal son los profesionales médicos, a pedido de parte, quienes decidirán la procedencia del aborto. Nada se tiene que autorizar ni permitir judicialmente. -

Cuestiones derivadas de una perspectiva de género. La punición del aborto, en general, y de los casos de embarazos no deseados productos de un ataque sexual, en particular, deja en la sombra el siguiente axioma: la mujer no es un mero envase contenedor de un feto; la mujer es mucho más que eso en tanto es una persona en toda su plenitud, autodeterminable, con derechos; y será, se sentirá, actuará como madre de ese feto solo si así lo desea. Desde esta perspectiva, es dable poner de relieve nuevamente la posición de la DGN, al afirmar que la situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser persona a través de la mediación femenina mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que

niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad. Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que (...) no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental) .

Por ende, no es función del Estado efectuar un reproche penal sobre la base de que es la madre la que mata al hijo , según los términos de la demanda planteada en autos, porque ello esconde el rol estereotipado asignado a las mujeres en relación con la maternidad, desconociendo su plena autonomía para decidir, libre y responsablemente, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos de acuerdo a lo previsto en el art. 16.l.e de la CEDAW. En conclusión, a fin de ejercer un adecuado servicio de justicia, la decisión sobre la constitucionalidad del art. 86 CP y la implementación de protocolos médicos que garanticen en forma inmediata el acceso a un aborto seguro, deberá basarse no solo en un análisis jurídico de la cuestión sino que además se debe valorar las cuestiones criminológicas, sociales, económicas, médicas, sanitarias, de acceso a la justicia y de género implicadas. Todo ello teniendo como mira que se encuentra en riesgo la vida e integridad de mujeres autónomas en su decisión sobre su propio destino de vida. Es por ello que impedir la vigencia del procedimiento dispuesto por la regulación ministerial no sólo implica una grave afrenta a los derechos humanos, sino que además compromete seriamente la responsabilidad internación del Estado argentino.-

Por las razones enunciadas, APP concluye que oportunamente, y con la celeridad que el caso requiere, se debe rechazar la demanda interpuesta. -

53.- Con fecha 18/06/2012 (fs. 548), el Tribunal provee en los siguientes términos: Córdoba, dieciocho (18) de junio de 2012. Emplácese al Dr/a.VACA NARVAJA, MIGUEL HUGO , para que en el término de 1 día restituya los autos del rubro al Tribunal, que obran en su poder según recibo de fecha 13/06/2012, bajo apercibimiento de los artículos 73 del C. P. C., notifíquese .

54.- Devuelto el expediente se incorporan los Para Agregar antes referenciados, y el Tribunal provee en los siguientes términos mediante el decreto del 29/06/2012 (fs. 549): Córdoba, veintinueve (29) de junio de 2012. Incorpórense para agregar. A fs. 520/525 y 528/538: Por presentados, por parte en el carácter invocado. Por aplicación analógica de la Acordada 28/2004 (Amicus curiae) dictada por la C.S.J.N. téngase presente la actividad de alegación desarrollada. No obstante ello hágase saber que la participación procesal de los comparecientes en la calidad aludida no implica participación alguna dentro de la relación jurídica procesal. Repárese que no revisten la calidad de parte y por ende su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal. A fs. 514/518: téngase a la Sra. Asesora letrada del 9º turno por presentada, por parte y con el domicilio constituido. Por evacuada la vista .-

55.- Con fecha 04/07/2012 la parte actora solicita la habilitación de la feria Judicial, indicando que el expediente ha quedado paralizado, y solicitando el avance de la causa (fs. 551). El Tribunal de Feria provee en los siguientes términos (fs. 552): ...atento a que la feria judicial produce la suspensión de los términos procesales, y que conforme las constancias

obrantes en la causa, la misma se encuentra en trámite, al pedido de habilitación de feria no ha lugar . Este decreto queda firme y consentido.-

56.- Con fecha 19/07/2012 (fs. 554), la parte actora solicita el pase a fallo de la causa.-

57.- Mediante decreto del 20/07/2012 (fs. 555), se provee en los siguientes términos: Córdoba, veinte (20) de julio de 2012. Atento lo dispuesto en los decretos de fecha 23/04/12 (fs.197), 26/04/12 (fs.245) y cédulas adjuntadas a fs. 343, 344, 362, 406, corresponde correr traslado de la demanda a la "Asociación Civil por el Derecho a decidir" por el término de tres días. En su mérito a lo solicitado, oportunamente .-

58.- Con fecha 24/07/2012 (fs. 556/578), comparece la Dra. María Soledad DEZA, abogada, con Diploma Superior en Género y Políticas Públicas otorgado por PRIGEPP-FLACSO, solicitando participación como Amicus Curiae.-

Indica que no existe una definición jurídica para la palabra aborto. Es así como el término acaba definido desde dos lugares: la ciencia y el delito. Desde el punto de vista del derecho penal, el Legislador en ningún momento define o describe al aborto, sin embargo su carácter delictivo es claro al igual que las penas que corresponde imponer a los agentes que participen en este accionar (art. 85 Código Penal). Tampoco detalla aquello que considera el tipo penal referenciado cuando describe el caso de abortos no punibles en el art. 86 aunque sí detalla en qué casos el aborto no es está penado. El caso de un embarazo producto de una violación es uno de ellos. Así las cosas, resta acudir a la ciencia para determinar qué se entiende por aborto y es así como el lenguaje médico define la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable o capaz de llevar una vida extra-uterina de forma independiente. Tomando entonces los datos que se proporciona desde el derecho y desde la ciencia al hablar de aborto no punible nos referimos a la interrupción de un embarazo en un caso de violación o de riesgo de vida o salud para la mujer gestante. Sin embargo, ambos puntos de vista, tanto el que otorga el derecho penal como el que propicia la ciencia médica no son suficientes por sí mismos para delinear un panorama completo respecto del aborto no punible, si es que no se agrega el contexto de la problemática y la categoría género al análisis. Ello, toda vez que no sería justo hablar de aborto no punible sin referir por ejemplo, que es una práctica médica que afecta exclusivamente a mujeres. Tampoco sería justo omitir considerar que es un derecho que precisa de una política pública que implemente su acceso para hacerlo de verdad efectivo, ya que una mujer necesita de un/a médico/a para el goce de este derecho. Y tampoco sería justo eludir en este análisis visualizar con sinceridad y crudeza, que la falta de implementación política en la accesibilidad a este derecho a interrumpir un embarazo producto de una violación o que pone en riesgo la vida o la salud de la mujer, y en su caso la falta de garantía por parte del Estado, afectará en su gran mayoría a mujeres en situación de vulnerabilidad determinada no sólo por su carencia de recursos económicos, sino en muchas ocasiones por falta de educación, falta de contención social, abandono familiar, segregación cultural y en general las demás connotaciones que cifran el destino de una niña, adolescente y una mujer que vive en la pobreza. Harcourt señala acertadamente la simbiosis existente entre derechos reproductivos y pobreza refiriendo que cuando se desgajan los derechos reproductores de los derechos a la alimentación, el empleo, el agua, la asistencia médica o la seguridad de la propia vida y se los saca de contexto de las vidas de las mujeres todo se complica. El hecho de que no se tomen en consideración las opciones de las mujeres vacía la retórica de la planificación familiar y suscita preguntas sobre que opciones están determinando los servicios que se prestan a la población. No cabe dejar al margen cuando de

aborto no punible se habla que la mujer tiene por ley la opción de interrumpir esa gestación y que de no tener los recursos económicos para hacerlo, el Estado debe garantizar el acceso al mismo. En esta inteligencia es que el fallo FAL (2012) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhorta a la nación y las provincias a la implementación de políticas concretas para cristalizar la accesibilidad a esta práctica médica. Ello, toda vez que no puede uno abordar este tema sin un sinceramiento que lleve a reconocer que una franja determinada de la sociedad es la que se ve afectada por la falta de implementación pública de esta política sanitaria: la franja que contiene a la mujer pobre, las demás mujeres, independientemente de encuadrar o no en algunas de las excusas del art. 86, al contar con los medios económicos pertinentes seguramente habrán de dar con el profesional de conciencia abierta que les permita acceder en forma segura y sin traumas a la interrupción de cualquier embarazo no querido. Debido a esto, conviene tener presente que al suspender la implementación del protocolo para abortos no punibles se está suspendiendo en general, derechos de las mujeres y en particular de mujeres pobres las cuales resultarían doblemente discriminadas con este acto de violencia institucional. De otra parte, la biopolítica que se ejerce sobre el cuerpo de la mujer a las prácticas más insignificantes de las relaciones de poder que van modificando sus estrategias a nivel micro y macro según una serie de mecanismos infinitesimales, y en base a un sistema más complejo que busca disciplinar los cuerpos, normalizar las conductas las vidas bajo apariencia de neutralidad a veces y de dilema moral en otras ocasiones, instalando en la opinión pública bajo la apariencia de colisión de derechos sin resolver, un debate que no forma parte de este litigio como es la cuestión moral en torno al aborto no punible. La formación de la opinión pública es una estrategia fundamental para la implementación y consolidación de los derechos reproductivos. Cuestiona a la iglesia Católica en su accionar en la materia. Agrega que el derecho internacional ha efectuado un importante avance sobre los derechos reproductivos y el aborto. Señala que los argumentos contrarios a las directrices internacionales que imponen remover, la restricción de la interrupción voluntaria del embarazo, se apoyan usualmente en dos argumentos: por un lado en la idea de que el derecho internacional, más precisamente en el art. 4 de la Convención americana de los Derechos Humanos que contiene la referencia a la protección de la vida en general desde la concepción, imposibilita la operatividad de los permisos contenidos en el art. 86 del Código Penal. Por otro lado, la idea de que las interpretaciones internacionales que del art 4 referenciado y en general no son obligatorias y/o vinculantes para los Tribunales de nuestro país. Luego de un análisis de doctrina, jurisprudencia y criterios existentes, concluye que el DIDH tiene supremacía jurídica, normativa, fuerza coactiva e imperatividad. Agrega que el aborto en caso de violación de la mujer es un acontecimiento que podrá calificarse de moral o no en la opinión pública, pero que ocurre en el ámbito privado de un cuerpo que no ha prestado consentimiento alguno en dicha batalla, y que por lo mismo, no puede resultar rehén de esa desventura. Aunque se pretenda el aborto no punible como una cuestión de debate público, lo cierto es que siendo una acción legal, los devaneos morales que despierte en ciertos sectores de nuestra comunidad no debieran tener la entidad de opacar un análisis que ya ha sido superado no sólo por el Legislador Penal en ocasión de sancionarse el art. 86 sino además interpretado por la Corte Suprema en lo que a sus alcances, vigencia, aplicación y pleno ejercicio se refiere. Porque dicho sea de paso, el derecho al aborto no punible es precisamente eso, un derecho. No es una concesión graciable que un juez de turno, pudiera reconocer o restringir según las circunstancias del caso o según su propia cosmovisión. El derecho a interrumpir un embarazo que tiene lugar a consecuencia de una violación es una posibilidad legal para una mujer que desafortunadamente se encuentra ante

esa opción y más allá de la colisión de derechos que en dicha nefasta elección (no buscada la mujer) pudiera identificarse según las creencias vigentes en cada persona, lo cierto es que es una decisión que requiere dejar a solas a aquella que se encuentra en posición de elegir y en su caso le compete al Estado garantizar que ese derecho sea ejercitable.-

Indica que se encuentran en juego el derecho a la salud y a la atención médica; el derecho a la vida; el derecho a la dignidad humana; el derecho a la no discriminación y a la igualdad; el derecho a la seguridad e integridad personal; el derecho a la libertad; el derecho a la privacidad; el derecho a la información; el derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano o degradante; derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos; derecho a gozar de los beneficios del progreso científico; derecho a la libertad religiosa y de conciencia. Desarrolla, con análisis de profusa doctrina, jurisprudencia y legislación, cada uno de estos derechos. Agrega, también con profusa cita de doctrina y jurisprudencia, que existe un derecho a interrumpir el embarazo voluntariamente para casos de violación y riesgo en la vida o la salud de la mujer, derivado del concepto de ciudadanía plena, en tanto las personas son miembros de una comunidad. Justifica la existencia del art. 86 del C. penal. Concluye, luego de su análisis, que la inaccesibilidad al derecho al acceso al aborto no punible refiere una afectación de la ciudadanía para la mujer, que se basa en el desconocimiento de derechos universales y reproductivos que le asisten como tal. Dice además que se trata de un derecho humano de las mujeres, que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar, y su limitación constituiría una práctica contra legem. Cita el caso FAL de la CSJN, y advierte sobre la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Concluye señalando que ningún Estado podrá ser considerado democrático hasta tanto no se garantice a todos los ciudadanos y ciudadanas por igual su derecho a planificar y llevar adelante sus vidas de acuerdo con sus propios valores, y a expresarlos en cada una de sus decisiones. Que esto implica el derecho de acceder en forma segura y libre al aborto no punible.

59.- El día 26/07/2012 (fs. 579), el Tribunal provee en los siguientes términos: Córdoba, veintiseis (26) de julio de 2012. Téngase presente, no obstante ello deberá acreditar la condición que invoca. Por otra parte el requerimiento esta dirigidos a la Cámara Tercera .-

60.- El día 27/07/2012 (fs. 580/612) la parte actora adjunta presentación efectuada como Amicus Curiae ante la Cámara de Apelaciones (en donde se está tramitando la apelación a la medida cautelar), por los Legisladores Provinciales Pedro Javier PRETTO, Nadia V. FERNANDEZ, Julio A. AGOSTI, Alejandra DEL BOCCA y Graciela BRARDA.

En dos presentaciones similares, manifiestan que vienen a expresar algunos aportes que juzgamos de interés a la hora de proteger el derecho a la vida de todo ser humano inocente en la Provincia de Córdoba, de cara a la delicada decisión que debe tomar el suscripto respecto a la causal prevista en el art. 86 del C. Penal. Frente a la Guía de Abortos no punibles que permite con una simple declaración jurada que se practique un aborto, manifiestan que existen en el fallo de la Corte Suprema tres tipos de abortos: a) aborto terapéutico, cuando está en riesgo la vida de la madre, y ese aborto no forma parte presente juicio. b) Aborto eugenésico, cuando la madre es una persona débil mental. c) Aborto sentimental, cuando la madre es una mujer sana que ha sido violada. La Cámara Civil debe decidir una medida cautelar que impide en Córdoba, el aborto eugenésico y el sentimental. -

Señalan que la Corte nunca pudo reponer el aborto sentimental al Cód. Penal. 1923. Ley 11179. El Código Penal argentino de 1923 introdujo el art. 86 que establecía como hoy

también figura por lo menos escrito, que el aborto no es punible: 2. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. 1939. Eusebio Gómez uno de los primeros comentaristas del Código Penal de 1923, en los puntos 412 y 413 de su Tratado de Derecho Penal, comenta el aborto terapéutico de acuerdo al inc. 1 del art. 86 del O. Penal y luego en el punto 414, comenta al aborto eugenésico. No contiene ni una mínima reflexión sobre el aborto sentimental. Ni lo considera porque sencillamente, este tipo de abortos no existía en el Código de 1923. Nuestro Código dice Gomez admite la licitud del aborto conocido con el nombre de aborto eugenésico, y es el que se practica respondiendo a una finalidad eugenésica. La disposición que a él concierne, es la del inciso 2 del art. 86, que declara que el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.... . Prosigue Gomez: ...La Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso el precepto reproducido, expresa en su informe que ...él representa una verdadera innovación en la legislación criminal, que ha tomado del anteproyecto suizo de 1916. Reproduce lo expresado por Jimenez de Azua en su libro sobre las políticas criminales en las legislaciones europeas y norteamericanas. Afirma la Comisión del Senado que ...Es sumamente interesante a este respecto, el artículo 112 de la última redacción (1916) del anteproyecto de código penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda comisión de peritos. Este artículo en la parte que aquí nos interesa, dispone: El aborto practicado por un médico provisto de patente, con el consentimiento de la mujer embarazada, no es punible... si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor, cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente, o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal debe ser requerido disposición sería mas peligrosa que útil... Continúa Gomez citando a la Comisión del Senado ...El tema es seductor, y su desarrollo en este informe, podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugenesia cuyo estudio reviste, para algunos de los miembros de esta Comisión, una importancia trascendental, y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, a los pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales. Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugenésicos, sintiéndose por esa medida, según dijera Van Hamel, una repugnancia afectiva, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado con intervención facultativa , a los fines del perfeccionamiento de la raza .. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivos de las violaciones de que fueron víctimas las mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales. Prosigue Gomez: ...Las consideraciones reproducidas explican con toda claridad el fundamento de la disposición recordada. A su respecto , cabe hacer las siguientes observaciones: a) Que en el caso del aborto eugenésico se justifica ampliamente el requisito

de que sea un médico el que lo practique pues no se trata de un estado de necesidad que demande la urgencia que dicho estado supone; b) Que está justificado, asimismo, el requisito del consentimiento de la embarazada; c) que hay grave error en el supuesto legal del embarazo proveniente de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, porque el acceso carnal con persona privada de razón o de sentido, o que por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir, constituye, siempre una violación, de conformidad a lo que dispone el art. 119 , inc. 2 del Código Penal; y porque el ultraje al pudor, en la forma de abuso deshonesto, que define el art. 127 del mismo código se caracteriza por la circunstancia de no mediar acceso carnal; d) que por lo tanto bastaba que se hubiera hecho referencia al embarazo proveniente de una violación... . -

Conclusión: Uno de los primeros comentaristas del Código Penal ni se refiere al aborto sentimental. Sencillamente no existía ni en el Código ni en la mente de los comentaristas.

1959. Toma estado público el Tratado de Ricardo Nuñez conocido como Derecho Penal Argentino . Nuñez es el máximo referente de la Escuela Penal cordobesa y uno de los juristas más brillantes de la República. Ese año en que escribe Nuñez, el Código Penal Argentino, sigue diciendo en el inciso 2 del art. 86 del O. Penal que el aborto no es punible ...2 si e) embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. Nuñez dice claramente que el Código Penal en la segunda parte del art. 86, solo consagra el aborto eugenésico. Dice el maestro de miles de juristas argentinos que:... El art. 86 inc. 2, solo consagra el aborto eugenésico. Es el aborto con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. En la preponderancia de esta finalidad eugenésica sobre el interés que para el derecho representa la vida del feto, reside la razón justificadora del aborto... . Luego refiriéndose al aborto sentimental, es decir cuando estamos frente a la violación de una mujer sana dice claramente Nuñez: ...El aborto sentimental. Vale decir, el consentido por la mujer sana de mente que concibió en un acto de violación, no está comprendido, por consiguiente, en el art. 86 del C. Penal inc. 2 . Esta opinión de Nuñez es de una importancia fundamental para esta causa, porque el texto actual del Código Penal es el mismo que el de 1923, y es el mismo texto legal existente cuando se escribió su tratado y los textos legales en materia penal no cambian en forma virtual o simbólica, son de interpretación restrictiva, impera el principio de reserva, y sólo cambian por reformas concretas a sus textos. Es fácil concluir que no puede entonces el Gobierno de Córdoba ordenar una Guía de Abortos no Punibles que contemple al aborto sentimental, por más que la Corte Suprema diga lo contrario. La Corte no tiene facultades para incorporar normas al Código Penal. -

1960. Tan era cierto lo que afirmaba Nuñez en su Tratado de 1959, que cuando se presenta el proyecto PECO en 1960 de reforma del Código Penal, el propio autor del proyecto, afirma que el aborto sentimental no está comprendido en el Código Penal de 1923. Afirma Peco que si el legislador hubiera querido consagrar la tesis amplia, es decir que también incorporaba la norma al aborto sentimental , hubiera puesto una coma luego de la palabra violación y antes de la disyuntiva o . También Peco expresaba que la alusión al consentimiento del representante legal, carece de sentido si se trata de una mujer normal mayor de edad. Es tan claro que si la norma hubiera comprendido al aborto sentimental, la parte final del art. 66 segunda parte hubiera debido decir: ...En este último caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.... , pero la norma dice claramente

...En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto...Ricardo Nuñez, comentando el proyecto de 1960, dice que también declara impune la interrupción del embarazo proveniente de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. El precepto no tiene cabida en el Código, a pesar de la fuente que le asigna su redactor y la opinión de éste.

Ley 17.567. Se reforma el Código Penal en 1968. Se incorpora expresamente al art. 86 segunda parte, el aborto sentimental con estas palabras: ...Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal. Queda claro que allí está incorporada la mujer sana violada, siempre y cuando se haya efectuado la pertinente denuncia penal, ya que si no es una burla porque se presta para cualquier cosa. La norma exigía denuncia penal por la violación, no una mera declaración jurada. La exposición de motivos de la ley 17.567 señala que el inc. 2 del art. 86 del C. P. ...fue una de las disposiciones del Código que dio a lugar a interpretaciones más dispares, sobre todo por la inclusión de la frase o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente .

Ley 20.509. Esta ley de 1973, deja sin efecto a la ley 17.567 y en consecuencia vuelve a regir el Código Penal de 1922, dispuesto por ley 11.179. Desaparece entonces el aborto sentimental de la segunda parte del art. 86 del O. Penal Argentino y queda solo el eugenésico .-

Ley 21.338. Vuelve el aborto sentimental. Esta ley es de 1976 reforma la segunda parte del art. 86 del O. Penal y dice claramente ...Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal. Es el mismo texto de la ley 17.567, y reaparece el aborto sentimental . Nuñez en su libro sobre la ley 21.338, es por demás claro cuando afirma que: la nueva redacción del inciso excluye la impunidad del aborto eugenésico (manual ps 37 y 38), pero admite la impunidad del llamado aborto sentimental. Esto también viene del proyecto de 1960 y de la ley 17.567. ...Las condiciones de impunidad del aborto sentimental son: a) Que el embarazo provenga de la consumación en la víctima de uno de los hechos de violación castigados en el art. 119 del O. Penal...b) Que en razón de la denuncia de la mujer embarazada o de su tutor guardador o representante legal, o por acción de oficio se haya procedido a formar causa (policial o judicial) por el delito contra la mujer que resulto embarazada... ) Que la mujer embarazada haya prestado su consentimiento para que se le provoque el aborto o que siendo la víctima de la violación una mujer menor, idiota o demente, el consentimiento lo haya prestado su representante legal .-

Es decir que se repone el aborto sentimental exigiendo nuevamente el requisito de la denuncia penal correspondiente, no la burla de una declaración jurada , como lo establece ahora la CSJN y la Guía Técnica del Ministerio de Salud Provincial, que motiva la presente acción de amparo. Siempre que rigió el aborto sentimental en nuestra patria, vino de la mano de la denuncia penal obligatoria.

Ley 23.077. Esta ley de 1984, deroga la ley 21.338 y volvemos nuevamente a la ley 11.179, es decir desaparece el aborto sentimental nuevamente, y así sigue escrito hasta hoy tal como se escribió la norma en 1922, aunque nadie en su sano juicio consideraría vigente hoy al

aborto eugenésico de los suizos de 1917. Hoy nadie puede afirmar que los hijos de las mujeres débiles mentales sean un problema para la raza.-

1994. Un conjunto de Juristas Cordobeses dirigidos por Daniel P. Carrera efectúan un estudio sobre figuras delictivas, asumiendo el tema del aborto el Dr. Mario Della Vedoba, actual Camarista del Fuero Penal, quien afirma que ...El inciso 2 (art. 86) regula el aborto eugenésico, cuya causación resulta justificada. La vida del feto interesa al derecho, pero también a este le interesa el perfeccionamiento de la raza. La norma no acoge el aborto sentimental, es decir, el consentido por una mujer sana que concibió a raíz de una violación. (Carrera Daniel P. y otros. Estudios de las Figuras Delictivas).-

1999. Carlos Creus se refiere al inc. 2 del art. 86 del C. Penal y dice claramente en el punto Nro 143 de su tratado que, ...En la fórmula del art. 86, párrafo segundo inc. 2do, de la ley 21.338 se contemplaba la impunidad del aborto sentimental; bastaba para la procedencia de la excusa justificada, que el embarazo se hubiera originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal). Claramente nos dice Creus que durante 1976 a 1984, en que rigió la ley 21 .338, el aborto sentimental estaba autorizado, pero con la derogación de la ley 21 .338, el aborto sentimental desaparece del inc. 2 del O. Penal. Creus refiriéndose al texto vigente en 1999 del art. 86 del C. Penal, que es cuando escribe su tratado y que es el mismo texto del corriente año 2012, del C. Penal, nos dice expresamente : ... El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer idiota o demente, exclusivamente. Estamos, pues, frente a la impunidad del llamado aborto eugenésico (Nuñez), claro que es un aborto eugenésico a medias, ya que la razón de la eugenesia sólo aparece cuando va acompañando una violación o un atentado al pudor, no en otros casos donde ella puede ser tanto o mas valedera que en los comprendidos.

2007. Se vuelve a imprimir la obra de Carlos Creus, ahora con Jorge Buompadre, Carlos Creus se refiere al inc. 2 del art. 86 del C. Penal y dice claramente en el punto Nro 149 de su tratado que, ...En la fórmula del art. 86, párrafo segundo inc. 2do, de la ley 21.338 se contemplaba la impunidad del aborto sentimental bastaba para la procedencia de la excusa justificada, que el embarazo se hubiera originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal). Claramente nos dice Creus que durante 1976 a 1984, en que rigió la ley 21.338, el aborto sentimental estaba autorizado, pero con la derogación de la ley 21.338, el aborto sentimental desaparece del inc. 2 del O. Penal. Creus refiriéndose al texto vigente en 2007, del art. 86 del O. Penal, que es cuando vuelve a imprimir su tratado, y que es el mismo texto del corriente año 2012 del O. Penal, nos dice expresamente lo mismo que la edición de 1 999, al afirmar que: ... El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer idiota o demente, exclusivamente. Estamos, pues, frente a la impunidad del llamado aborto eugenésico (Nuñez), claro que es un aborto eugenésico a medias, ya que la razón de la eugenesia sólo aparece cuando va acompañando una violación o un atentado al pudor, no en otros casos donde ella puede ser tanto o más valedera que en los comprendidos.

El camino previo a la reforma de 1994. El niño no nacido y los tratados constitucionalizados de derechos humanos. La declaración americana y el derecho a la vida. En su art. 1, la Declaración Americana afirma que Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona . La claridad del texto del art. 1 de la Declaración cuando afirma Que todo ser humano tiene derecho a la Vida nos debería eximir de todo comentario respecto

a si el niño no nacido tiene derecho a la vida. Quién puede negar que se trata de un ser y que este ser, pertenece a la especie humana. Reforzando las premisas del silogismo expresado en el punto anterior, podemos decir respecto a la premisa menor que el genetista más laureado del siglo XX y me estoy refiriendo a Jerome Lejeune, ha expresado sobre la vida humana naciente que cada uno de nosotros tiene un preciso momento del comienzo, el cual es el tiempo en que toda la necesaria y suficiente información genética es recogida dentro de una célula, el óvulo fecundado, y éste es el momento de la fecundación. No hay la menor duda de ello y nosotros sabemos que esta información está escrita en una clase de listón que nosotros llamamos DNA. Prosigue Lejeune afirmando que la molécula de DNA es una larga hebra de un metro de largo cortada en 23 piezas. Cada pieza esta enrollada tan fuerte sobre si misma para hacer un espiral de espiral tras espiral, que finalmente parece como un rodillo que nosotros podemos ver con el microscopio y que llamarnos cromosomas. Hay 23 de ellos aportados por el padre y otros 23 por la madre. Cuando estos 26 cromosomas se unen en la fertilización, un nuevo ser humano ha sido creado. La naturaleza ha usado el lenguaje más pequeño posible para pasar la información de padre al hijo, de la madre a la hija de generación en generación. El Dr. Lejeune habla abundantemente sobre este fantásticamente miniaturizado lenguaje al cual los científicos han sido capaces apenas recientemente de comenzar a leer. El óvulo fecundado contiene más información sobre el nuevo individuo que toda la información que puede contenerse en seis Enciclopedias Británicas completas - no en seis libros - si es que esta información genética se pusiera en letra de imprenta. Para enfatizar aún más lo diminuto de este lenguaje, el Dr. Lejeune declara que si todas las espirales del DNA de los espermatozoides y de los óvulos que contienen las instrucciones para los cinco mil millones de nuevos seres humanos que nos reemplazarán en este planeta, se pusieran juntas en un sólo lugar, el tamaño total de esa materia apenas sería igual al de dos pastillas de aspirina. Lejeune afirma que no se ve diferencia entre la persona inicial que cada uno fue en la concepción y la persona que es ahora. Era y es un ser humano. El cromosoma es un minicasette en el cual está grabado una sinfonía: la sinfonía de la vida. Si alguien compra un cassette de la sinfonía de Mozart y lo pone en una grabadora las ondas en el aire le transmiten el genio musical de Mozart. Analógicamente podemos afirmar que es la misma forma en que se toca la sinfonía de la vida. En los pequeñitos minicassettes que son nuestros cromosomas están escritas las varias partes de la obra que es para la sinfonía humana y tan pronto como toda la necesaria y suficiente información está lista para sacar el encanto de toda la sinfonía. Esta sinfonía se toca a sí misma, esto es, un nuevo hombre esta comenzando su carrera... tan pronto como El ha sido concebido, un hombre es un hombre. Podemos ahora repetir el silogismo: Todo ser humano tiene derecho a la vida. Art. 1 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (Mayor). El 'nasciturus' a partir de la concepción es un ser humano distinto a su madre y su padre (Menor). El 'nasciturus' tiene derecho a la vida. (Conclusión). De la sola lectura del art. 1 de la Declaración Americana tomando a las palabras del texto y preámbulo en el uso corriente, y aplicando una lógica clásica y elemental, no podían albergarse dudas de que el 'nasciturus' tenía y tiene protección internacional a la luz del art. 1 de la Declaración Americana. Partiendo de la base de que el texto de un tratado es la expresión más acabada de la voluntad de las partes, la forma más apropiada de examinar dicho contenido será simplemente aplicar el sentido corriente que haya de darse a los textos, más conocida como regla de sentido claro, que no significa otra cosa que no está permitido interpretar aquello que no necesita interpretación. El art. 1 de la Declaración Americana es tan claro que no necesita interpretación. La lectura de su texto en el sentido corriente de los términos usados, con el concurso interdisciplinario de la genética humana, son elementos

mas que suficientes para afirmar que en virtud del art. 1 de la Declaración Americana, los niños no nacidos tienen protección jurídica internacional en subsidio a la que les pudiera brindar su propio Estado. La utilización del concepto ser humano en el art. 1 de la Declaración Americana evitaba la cuestión interpretativa, porque si se hubiera usado el vocablo 'persona', éste término tiene si bien una innegable equivalencia en la filosofía con el término hombre, pero jurídicamente hablando no existe una tradición que los asimile sin más. No en todos los sistemas jurídicos se le ha reconocido al ser humano la personalidad jurídica. Ejemplo histórico de la disociación, ha sido el caso de la esclavitud y lamentablemente con los mismos fundamentos, se niega en algunos sistemas jurídicos, la personalidad jurídica al niño no nacido. Por fortuna esa discusión se evitó entre nosotros porque la Declaración Americana asume el término ser humano y hace abstracta cualquier discusión. Además la Declaración Americana en su art. 17 establece que la personalidad jurídica jamás puede estar escindida del ser humano, principio que se repite en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al establecer en su art. 6 que Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, norma que se reproduce a su vez en el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ahora bien, de la lectura de la Declaración Americana, surge claro que los términos hombre, ser humano y persona son absolutamente equivalentes. En la resolución de la Novena Conferencia en que se aprueba la Declaración y en el preámbulo de ésta, se utiliza el concepto hombre; en el art. 1 se utiliza el término ser humano y en los restantes arts. se utiliza el término persona. Los términos Hombre, ser humano y persona, son utilizados como sinónimos para mencionar al sujeto titular de los derechos humanos. De la misma manera en que lo hace la Declaración Americana, utiliza la Declaración Universal de los Derechos Humanos con absoluta equivalencia los términos hombre, ser humano y persona. En el preámbulo, párrafo segundo, se utilizan como sinónimos los términos hombre y ser humano y en el párrafo cuarto la equivalencia es para los términos hombre y persona humana. Luego en su articulado la Declaración Universal utilizará en equivalencia absoluta los términos ser humano (arts. 1 y 6), persona (arts. 2,8,10,11,12,13,14, 15,17,18,19,21,22,23,24,25,26,27,28,29), individuo (3, 19). El resto de los artículos mencionan en equivalencia a los términos todos, y nadie y sólo el art. 16 utiliza el término los hombres y mujeres. Para abundar y buscando despejar cualquier duda al respecto, haremos también algunos aportes con la prestigiosa jurista Matilde Zavala de González, en e) sentido de que el hombre es una realidad ontológica (un ente biopsíquico y espiritual), persona es dentro del derecho una categoría jurídica (el ente humano o no que goza de capacidad de derecho). El hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el derecho. Hombre y persona no coinciden siempre en los hechos, pues la personalidad jurídica se otorga también a entes distintos que el hombre, y no siempre éste ha sido investido de ella.... Ejemplo de ello son los esclavos, los muertos civilmente y los niños no nacidos en algunas legislaciones. No obstante ello, a circunstancia de que ciertos hombres no sean personas para el derecho no margina su existencia natural de la órbita jurídica, porque la vida humana debe ser protegida... por ser tal, por su sola presencia, y no por la condición jurídica que pueda tener el hombre que goza de ella. Siempre para abundar en algo de por sí claro, dice con Zavala de González que jurídicamente hay una persona porque naturalmente hay un hombre. El derecho no podría personalizar a una parte de la madre porque en ningún caso porción corporal alguna tiene capacidad de derecho, sólo la tiene el hombre en cuanto ser individual, distinto de cualquier otro... El nacimiento constituye una de las cualidades o accidentes (art. 51) que se presentan en la vida del hombre, por cierto importantísima, pero no el punto de arranque de

su ser y desarrollo que ha comenzado en la concepción y se desarrollará ininterrumpidamente hasta la muerte. Se puede añadir que no hay dudas de que el nuevo ser comienza en la fecundación del óvulo. No hay dudas que es un nuevo ser, distinto a sus progenitores, lo que se puede dudar con un poco de pertinacia y buscando la cuadratura del círculo, es que esta vida nueva y distinta sea humana, que sea un nuevo ser humano, es decir dudar que sea un hombre. Legítimo es dudar, pero también legítimo y en cierto caso obligatorio, es razonar que ...lo engendrado por un hombre y una mujer debe, por fuerza pertenecer a la especie humana (con la misma fuerza con que los perros no engendran gatos ni los naranjos producen manzanas), por lo que una vida inaugurada con la concepción no puede sino ser humana. En verdad, el ser concebido nunca será humano si no ¡o es ya entonces. Para decirlo de otra forma El que está por nacer no es una especie, tipo o clase de índole extraterrestre, ni tampoco un animal; sería por lo demás bien curioso -por decir lo menos - que la mujer y el hombre engendran un ser que fuera animal nueve meses en el seno materno y que por el hecho de salir de él se transformara por arte de magia en un ser humano. La Novena Conferencia Interamericana de 1948 evidenció una gran preocupación por el respeto a la vida humana naciente. El proyecto de Carta de Garantía Sociales que presentó el Comité Jurídico Interamericano a la Conferencia, ya consagraba licencias especiales en su art. 18 para la mujer trabajadora embarazada, ...de forma tal de proteger las reservas humanas de los países y la consideración de que es en esos hogares pobres donde se acendra la esencia misma de la nacionalidad. Prosigue el Comité ...que sería muy censurable que por causa de la maternidad, la mujer perdiera su derecho a trabajar, o su salario. El principio jurídico debe ser contrario. Esa es la orientación que la carta sustenta, orientación que cada día va tomando incremento, porque las nuevas leyes, aumentan en vez de reducir, el término dentro del cual la mujer debe disfrutar de descanso y remuneración. Que lejos ésta afirmación de las esterilizaciones masivas de mujeres y hombres que se hacen actualmente en varios Estados Americanos con fondos del hemisferio norte, para ahorrarle al mercado internacional las distorsiones que le provocan los pobres no aptos para el consumo. Que lejos está la afirmación del Comité de otra más moderna que propugna eliminar la pobreza eliminando a los pobres. El grupo de trabajo designado por la Novena Conferencia para sintetizar los diversos aportes efectuados en relación a la Carta de Garantías Sociales establecía en el art. 33 que es el finalmente aprobado, que la mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado no inferior a seis semanas antes y después del alumbramiento, conservación de empleo, atención médica para ella y el hijo y subsidio de lactancia. Puede verse que en el seno de la Novena Conferencia se pensaba igual que en el Comité Jurídico Interamericano, y esto es muy importante para entender si la Declaración Americana - que nace en la misma conferencia- buscaba proteger al 'nasciturus'. Rastreando las actas y los documentos de la Novena Conferencia, puede verse que los Estados Americanos no efectuaron ningún reparo al Comité Jurídico Interamericano respecto a la protección del nasciturus. Así lo informa a la Novena Conferencia el propio Comité en la exposición de motivos de su proyecto de Declaración. Surge claro de ese informe, de que el anteproyecto original del Comité que fuera redactado en 1946, recibió varias sugerencias de enmienda para el art. 1 por parte de varios Estados, pero nada tenían que ver esas modificaciones, con la situación jurídica de los niños no nacidos sino con otra problemática cual era la manutención de los incapaces y el problema de la pena de muerte. Es decir que el proyecto que luego ingresaría el Comité Jurídico Interamericano en la Novena Conferencia circuló dos años (1946-1948) sin que nadie objetara la protección al nasciturus, a pesar de que el mismo fue visto y analizado por los Estados Americanos. No puede dudarse entonces que el consenso internacional

americano reinante en 1948 era claramente favorable a la protección internacional de los niños no nacidos. A éste proyecto le presentaron enmiendas para su consideración, antes de la Novena Conferencia, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, EE.UU., Haití, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela, pero ninguno objetó la protección internacional del nasciturus como venía propuesta por el Comité. Profundizando en documentos emanados de los Estados y Organismos Internacionales Americanos entre 1946 y 1948, tiempo en que circuló el proyecto del Comité Interamericano, podemos advertir que lejos de justificarse un reproche a la protección internacional del nasciturus, se trabajaba en sentido contrario, es decir propugnando mayor protección nacional e internacional. Así lo documentan varios informes del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, precursor del Instituto Interamericano del Niño, y que fuera creado en 1927. Este organismo que organizaba los Congresos Panamericanos del Niño, se transformó en el organismo internacional americano vinculado a la protección de la infancia y nos ha dejado un prolífero testimonio de sus trabajos, testimonio que es fundamental a la hora de efectuar esta investigación. Ya en el seno de la Novena Conferencia, varios Estados siguieron presentando proyectos de enmiendas al producido por el Comité. Así lo hicieron Brasil, Bolivia, Panamá, Perú, Haití, y ninguno mencionó absolutamente nada respecto del nasciturus. La Comisión sexta de la Novena Conferencia encargó a un grupo de trabajo la formulación de un proyecto de Declaración teniendo en cuenta el trabajo del Comité Jurídico Interamericano, las enmiendas propuestas a ese trabajo por los estados y el proyecto de la que luego sería Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El grupo de trabajo elabora el nuevo art. 1 como es el que luego se aprobaría y no dice una sola palabra, del porqué se elimina la mención específica del nasciturus y los discapacitados en el texto del art. 1. El grupo de trabajo reconoce que no cercena ninguno de los derechos establecidos en el proyecto del Comité sino que se limita a disociarlos. Tampoco nadie dijo nada, al votarse el proyecto del grupo de trabajo el día 22 de abril de 1948 en la sesión quinta de la comisión sexta de la Novena Conferencia Respecto a las causales de justificación existentes en la mayoría de los Estados Americanos, han expresado anteriormente que estamos en desacuerdo con ellas. Han dicho que son esencialmente discriminatorias porque al aplicarse solamente a los niños no nacidos, crean una desigualdad con la causas de justificación que se exigen para determinar la no punibilidad de agresiones a personas nacidas. Se viola de esta forma el principio de igualdad ante la ley que expresa el art. 2 de la Declaración Americana. Este principio de igualdad de los seres humanos será la base de la Declaración Universal. El aborto terapéutico es considerado como un caso especial de estado de necesidad. No requiere la inminencia del mal que amenaza y sí en cambio su inevitabilidad por otros medios. ...el aborto terapéutico contradice la raíz fundamental, de naturaleza axiológica, que sustenta la justificación por estado de necesidad, que radica en la desproporción de los males en juego: el causado debe ser menor que el que se busca evitar. Efectivamente aún cuando el peligro debe ser grave, si lo que se procura preservar es la vida de la madre, estaríamos en presencia de dos males iguales; si lo comprometido es su salud (no la vida), matar al hijo para salvaguardarla implicaría causar un mal mayor. Es innegable que puedan existir una serie de razones subjetivas o personales, generalmente, de índole afectiva para preferir los bienes maternos, pero ellas no pueden fundar una solución de juridicidad o antijuridicidad, la cual debe atenerse a la entidad objetiva de los males en juego, según el valor que ellos tienen para el ordenamiento jurídico y no para alguno de los titulares de los bienes comprometidos. Y objetivamente los bienes personalísimos de similar

naturaleza tienen para el derecho idéntica jerarquía; además el valor absoluto y supremo de la vida humana - de cualquier vida humana impide disponer lícitamente de ésta como medio o instrumento, aunque el fin sea la preservación de otra vida... .

El aborto sentimental, no vigente en nuestro ordenamiento jurídico, contempla la situación de la mujer que ha sido violada, que ha concebido víctima de un delito ...La autorización del aborto sentimental importa que la ley asigna preeminencia a la defensa de la condición espiritual o afectiva de una persona sobre la vida de la otra. Esta preferencia no sólo es injusta sino incluso opuesta al más elemental sentido valorativo común; un sentimiento, por más inmerecida que sea la situación de quien lo padece, ¿vale más para el derecho que una existencia humana?.-

La Declaración Universal se preparó sobre la base del anteproyecto de René Cassin, los trabajos de la Secretaría General y según algunos, por las pautas fijadas por la Declaración Americana. Es el propio Cassin el que nos recuerda la importancia del precedente que significó La Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre adoptada el 12 de octubre de 1929 por el Institut de Droit International en su sesión de New York. La vida humana naciente ya estaba protegida en el art. 1 de dicha declaración de esta forma .Es deber de todo Estado reconocer a todo individuo el derecho igual a la vida... . La declaración de New York establece claramente el principio de la igualdad de todos los miembros de la Comunidad Internacional, por encima de los sistemas constitucionales. La declaración se hace intérprete de la conciencia jurídica mundial. Este principio de la igualdad frente a la vida de todo individuo, marca un importante precedente para la Declaración Universal. Insiste en el art. 5, el proyecto del Instituto que ...la igualdad prevista no deberá ser nominal, sino efectiva, Ella excluye toda discriminación directa o indirecta... . Se desprende de aquí que todo individuo de la especie humana tiene igualmente el derecho a la vida, sin excepción, sin discriminación de ninguna especie. Según este principio no puede existir individuo de la especie humana que en el orden jurídico de un Estado determinado, carezca de protección respecto a su derecho a la vida. El derecho a la vida debe ser protegido igualmente en todos los Estados. La importancia de la declaración de 1929 reside en reconocer al hombre un mínimo jurídico en todos los Estados de la Comunidad Internacional. El contenido de ese mínimo será siempre variable, y debe ser adaptado a las exigencias de las diferentes etapas que atraviesa en su evolución la humanidad... . Un individuo de la especie humana, en el vientre de su madre o en un tubo de ensayo, debe tener un minimum jurídico de protección que no puede ser diferente en Estados Unidos o en Ecuador, en Gabán o en Zambia. Según ZAVALA DE GONZALEZ, este principio de la igualdad frente al derecho a la vida de todo individuo de la especie humana y el mínimo jurídico exigido a todos los Estados, no se permitiría entonces que en algunos de ellos, el aborto libre sea un crimen, y en otros sea simplemente una opción de la madre, amparada en el derecho constitucional de la intimidad, como sucede en la actualidad. La igualdad del derecho a la vida del individuo sin discriminación alguna impide el tratamiento desigual de los Estados, y la contradicción debe despejarse hacia la vida y no hacia la muerte. No obstante lo anterior, La genética no deja dudas respecto a que el niño no nacido es un individuo distinto a sus progenitores, y que esa individualidad pertenece a la especie humana, Nos recuerda también Cassin que un lugar excepcional debe ser reservado como fuente de la Declaración Universal al libro del Prof. Lauterpacht A Bill on Human Rights . La Declaración Universal de Derechos Humanos emana de la carta de las Naciones Unidas, adoptada por un procedimiento normal y conforme a las disposiciones de la carta tiene un valor jurídico. La Declaración Universal fue firmada

pocos meses después de la Declaración Americana, el día 10 de Diciembre de 1948 por resolución Nro 217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los Estados Americanos que la suscribieron son Argentina, Brasil, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Se debe destacar en el preámbulo de la Declaración Universal se expresa que ... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la Familia Humana... . Aparece aquí con toda su fuerza el principio de la igualdad de los seres humanos y la existencia de un *mínimum jurídico* protegible como lo habíamos visto en el proyecto de Declaración de 1929. Todos los miembros de la familia humana son iguales y sobre el respeto a su dignidad se construye el orden social justo. El orden de la sociedad se apoya en la dignidad del ser humano. No puede haber paz internacional, si existe una realidad de violación de la dignidad humana. No es eliminando a los niños no nacidos, como se defiende la dignidad del ser humano y de toda la familia humana. Una sociedad que elimina impunemente a sus miembros más débiles, ha perdido su rumbo y avanza inexorablemente hacia su auto destrucción. Surge claro entonces que los Estados Americanos, unos meses después de haber firmado su declaración regional, suscriben la Declaración Universal, que tiene por pilar, la igualdad de todos los miembros de la familia humana, donde todos los seres humanos tienen el mismo e inalienable derecho a la vida. No es compatible con la igualdad de los seres humanos, que no se respete el *mínimum jurídico* en todos los Estados, al punto que lo que para unos es un crimen, para otros es simplemente una opción sobre su propio cuerpo. El art. 1 de la Declaración Universal afirma que 'Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos... . Nadie dudaba en 1948 que el *nasciturus* era un 'ser humano , y por lo tanto miembro de la familia humana y la Declaración dice que todos los seres humanos...nacen libres e iguales... . De acuerdo al sentido corriente de los términos (art. 31 de la Convención de Viena) se interpreta que los Estados Americanos que firmaron la Declaración Universal tenían claro ese año 1948 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, con lo cual se desprende lógicamente que si eran libres e iguales al nacer también son iguales en dignidad y derechos antes del alumbramiento porque el nacimiento es un accidente que no marca el comienzo de la existencia del ser humano. Si todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y el nacimiento es un accidente de la existencia humana, antes de nacer desde el mismo momento en que existimos también somos libres e iguales en dignidad y derechos. Nadie puede nacer libre e igual si antes no existió libre e igual. La dignidad humana está vinculada a la existencia humana y no al nacimiento o alumbramiento de un humano. Demás está decir que el art. 10 de la Declaración Universal proviene de la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de la Revolución Francesa (26-08-1789). Además, la Declaración Universal expresa en su preámbulo, que la paz en el mundo, tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca , es decir lo que el hombre es en SÍ mismo, en su sustancia, no en sus accidentes. No importa que sea alto o bajo, bueno o malo, por nacer o nacido, dependiente o independiente, campeón olímpico en atletismo o cuadripléjico. Si los derechos fundamentales del hombre provienen de su dignidad intrínseca son los mismos tanto antes como después de nacer, porque el nacimiento es sólo un accidente de su existencia. Si es un derecho inalienable el que todo ser humano nazca libre e igual en dignidad y derechos, éste derecho inalienable tiene como presupuesto ontológico insoslayable a otro derecho inalienable cual es el de nacer. De lo contrario se produce la contradicción lógico-jurídica mayúscula que hoy advertimos en el mundo contemporáneo, el lugar más peligroso para un

niño no nacido es el vientre de su madre. Si logra salir ileso de allí, contará con toda la protección del orden jurídico. La Declaración Universal, de la misma forma que ya lo hiciera la Declaración Americana, consagra en el art. 6 el principio de que Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica . Si el niño no nacido es un ser humano , un miembro de la familia humana , todos los niños no nacidos tienen derecho a la personalidad jurídica y ello debe ser así en todas partes del mundo. La Declaración Universal censura que pueda haber un ser humano sin personalidad jurídica como sucediera en el pasado con los esclavos y hoy con los niños no nacidos. A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede aceptarse que se disocie al ser humano de la personalidad jurídica. Así lo había sostenido meses antes la Declaración Americana en su art. 17. Más aún, la Declaración Americana primero y la Declaración Universal a continuación, determinan el nexo inescindible entre ser humano y personalidad jurídica. Solamente demostrando que el nasciturus no es un ser humano, se podrá negarle la protección jurídica, pero negar en el siglo XX, que el niño no nacido sea un ser humano es tan absurdo como afirmar la cuadratura del círculo.

La convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aprobada el 09/12/1948. Tiene entre sus antecedentes al Estatuto Militar de Londres de agosto de 1946 -diseñado para juzgar a los crímenes de la segunda guerra mundial, y que fuera utilizado en Nüremberg y en Tokio por los tribunales aliados. La convención va a definir tres tipos de crímenes: 1) Crímenes contra la Paz - 2) Crímenes de Guerra y 3) Crímenes contra la Humanidad. Entró en vigor el día 12 de enero de 1951. Es ratificada por Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. El art. 2, inc. d. de la Convención tipifica al genocidio como Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. . Estaba todavía fresco al momento de su sanción, el recuerdo de las esterilizaciones masivas y los abortos forzosos a que eran sometidas las mujeres judías, gitanas, y otras minorías étnicas, como para justificar que se incluyera en la Convención, una mención tipificante sobre la destrucción de la vida humana naciente. Lo paradójico, es que por lo mismo que EEUU y sus aliados juzgaron a los nazis hace cincuenta años, pudieran ser juzgados hoy aquellos vencedores, a poco que se comparen con aquellos tristes sucesos, las esterilizaciones masivas de mujeres brasileñas, colombianas, ecuatorianas, mexicanas, peruanas, etc., llevadas a cabo en las dos últimas décadas, con fondos provenientes de los EEUU, a los fines de lograr metas de control natal, lo que constituye instigación y complicidad en el genocidio (art. 3, inc. c y e de la Convención). Surge claro entonces que meses después de aprobar la Declaración Americana, y casi al mismo tiempo de la firma de la Declaración Universal, los Estados Americanos firmaban casi en su totalidad, la Convención para reprimir el Genocidio y luego la ratificaban demostrando entonces su voluntad ineludible de defender a los niños no nacidos.

En febrero de 1955, se lleva a cabo el X Congreso Panamericano del Niño en la Ciudad de Panamá. El Congreso Panamericano del Niño es un órgano del Instituto Interamericano del Niño, que se reúne cada cuatro años y tiene el carácter de Conferencia Especializada Interamericana. Sus recomendaciones son divulgadas por el Instituto que debe procurar su cumplimiento. Además esta recordar que el Instituto Interamericano del Niño es nada más ni nada menos que un órgano especializado de la OEA para la protección de la infancia. En el X Congreso y por unanimidad, los Estados Americanos dijeron en la recomendación cuarta: Que todos los Estados del continente americano establezcan para el menor un nuevo derecho,

de carácter social eminentemente tutelar y no punitivo, cuyas normas estén consignadas en un solo cuerpo legal llamado Código o Estatuto del Niño, del Menor o de la Familia. La recomendación quinta establece: Que los Códigos del Niño, del Menor o de la Familia, reglamenten todos los asuntos referentes a la protección integral de los menores, partiendo desde su concepción biológica hasta su mayoría de edad . Podemos afirmar que en 1955, todos los representantes de los Estados Americanos reunidos en un Congreso Panamericano del Niño -auspiciado y organizado por un organismo especializado de la OEA cual era el Instituto Interamericano del Niño - afirmaron en forma clara y unánime que la protección de los niños comenzaba con su concepción. Así se explica que todos los Códigos de Menores o legislación Minoril específica que se dictaron en América con posterioridad al X Congreso, contemplan al *nasciturus* como un niño, Así es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En 1959 se reúne el XI Congreso Panamericano del Niño (Bogotá), y allí se recomienda nuevamente que Los Estados Americanos deben tomar medidas para proteger integralmente al niño desde el momento de la concepción . -

#### DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - El día

20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Como no podía ser de otra manera quedó patente en el preámbulo de dicha declaración, que el *nasciturus* es un niño, que aún no ha nacido. Afirma dicho preámbulo ... que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales tanto antes como después de su nacimiento... . Este principio está firmado y aceptado por todas las naciones de la tierra, y en ello tiene especial relevancia la decisión de los Estados Americanos. La Declaración fue discutida ampliamente, en el seno de la tercera comisión de la Asamblea General, a partir del día dos de octubre de 1959, en las sesiones 9hs. a 916a. El tema ya había sido discutido en la Comisión de Derechos Humanos. La Sesión N° 913a de la Tercera Comisión fue clave. El proyecto que venía de la Comisión de Derechos Humanos no tenía en el preámbulo ninguna consideración sobre la protección al niño antes del nacimiento. Italia había planteado una enmienda al párrafo tercero del preámbulo en el sentido de que se expresara que el niño debe ser protegido ...desde el momento de la concepción. . La enmienda Italiana suscitaba algún rechazo en estados orientales entonces terció la enmienda de Filipinas que fue la que realmente se aprobó. Esta enmienda decía que debía reemplazarse la frase a partir del momento de la concepción por otra frase que estableciera que el niño tendría protección tanto antes como después del nacimiento . El Sr. López representante de Filipinas explicaba así su enmienda: N° 3... La delegación de Filipinas espera que esta modificación de redacción permita a los países que no han sufrido la influencia del derecho romano votar a favor del principio según el cual el niño tiene derecho a protección desde antes del nacimiento.-

Quién mejor define la diferencia de las enmiendas Italiana y Filipina, es el delegado de Arabia Saudita, cuando dijo que La propuesta tendiente a insertar las palabras desde el momento de la concepción suscita vivas controversias, y hay que reconocer que la expresión *from the moment of his conception* que figura en el texto inglés de la enmienda italiana revisada y la subenmienda italiana, plantea dificultades de interpretación. Es imposible en efecto determinar el momento exacto de la concepción. Se trata de la concepción en sentido médico o de momento de la concepción como resulta de la aplicación de los plazos legales del embarazo? Esos plazos no están preceptuados, por cierto, más que en las legislaciones

que admiten el principio según el se considera al niño nacido desde el momento de su concepción. No hay que olvidar que muchos países que no reconocen ese principio deben sin embargo, estar en condiciones de aprobar el proyecto de declaración N° 14. La enmienda Filipina que emplea la fórmula más amplia tanto antes como después del nacimiento , resuelve esa dificultad. Esa enmienda no es una transacción - prosigue el árabe- . Asegura una protección de los derechos del niño tan eficaz como la enmienda italiana, pues el período anterior del nacimiento se remonta evidentemente hasta la concepción... . La enmienda Filipina es aprobada por 58 votos a favor, uno sólo en contra y abstenciones.

Los Estados Americanos demostrarían en ese debate hasta donde estaban comprometidos con la defensa del nasciturus , y ello quedó patentizado al momento de votarse el principio N° 2 y 3 cuando correspondía definirse el alcance del derecho a la vida. Argentina plantea que se defina el derecho a la vida del niño desde el momento de la concepción, insistiéndose así nuevamente en el debate del preámbulo. Argentina fue acompañada por Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras. Dieciséis Estados Americanos, pujaban en 1959 en la Tercera Comisión de Derechos Humanos en que se declarara universalmente que los niños tengan protección desde la concepción. Si ello ha sido así, y además de ello Estados Unidos, Chile, Canadá y México han aprobado la enmienda filipina del preámbulo, en el sentido de que se debe proteger al niño, tanto antes como después del nacimiento , que duda puede quedar entonces de las intenciones de los Estados Americanos respecto a su compromiso con la protección internacional del nasciturus . Además la Declaración ha establecido como principio N° cuarto que ... El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.... .

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Siguiendo en la línea de la práctica ulterior de los Estados de forma de poder así entender el grado de protección que otorgaron al niño no nacido en la Declaración Americana de 1948 y si esa protección subsistía internacionalmente en 1981 (art. 31, punto 3, inc. b, de la Convención de Viena), al momento de resolver el precedente Baby Soy , podemos advertir que los Estados Americanos firman el 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que en su art. 4 establece que Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente . Esta Convención es el instrumento jurídico regional más importante en materia de derechos humanos, y marca el desarrollo progresivo de los derechos humanos en la región. Por el carácter progresivo de esta materia, se tiene por cierto que los derechos humanos están más y mejor definidos y protegidos en la Convención que en la Declaración Americana. Como lo expresa su propio preámbulo, los derechos humanos que consagra no dimanar sino de la propia persona humana, de la condición natural humana. No dependen de una situación cultural determinada, sino que responden a las necesidades y tendencias de la naturaleza humana. Estos derechos no han sido atribuidos por el Estado o la Comunidad Internacional, no resultan una concesión que determinada sociedad hace al hombre; en último análisis su fundamento se halla - como recalca el preámbulo de la Convención - en los atributos de la persona humana. Además consagra la CADH una protección internacional coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos. Si una característica del sistema jurídico regional de derechos

humanos es la progresividad, es decir el mejoramiento progresivo de la protección de los derechos humanos que dimanen de la condición natural del hombre, fuerza concluir que la protección internacional del nasciturus en el art. 1 de la Declaración Americana no puede ser mermada en la Convención Americana, O se mantiene o se acrecienta, pero nunca puede ser menguada. En esta materia, la Convención Americana es clara, el art. 29, inc. d afirma que Ninguna disposición de la presente convención puede interpretarse en el sentido de:...

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Si la Declaración Americana protegió al nasciturus , la Convención no puede dejar de hacerlo, sólo puede variar la situación en más, pero nunca en menos.

Silos derechos humanos que se protegen, encuentran su fundamento en la naturaleza del hombre y no en la cultura jurídica de un Estado en un tiempo histórico determinado, un atributo antes reconocido, ahora no podría ser desconocido .Así como la naturaleza humana no cambia en su esencia, los derechos humanos que emergen de esos atributos tampoco pueden cambiar. Fuerza concluir que el derecho a vivir de Todo ser humano que reconoce el art. 1 de la Declaración Americana, no puede ser menguado en la CADH. Si el nasciturus fue protegido en 1948, así deberá seguir protegido en 1969 al firmarse la Convención, en 1981 al resolverse Baby Boy , y en la actualidad: Igual o más sí, pero nunca menos. Como no podía ser de otra manera la Convención Americana hace gala de la progresividad en lo que respecta al niño no nacido y su derecho a la vida. Reconoce la personalidad jurídica en forma directa y sin ambages al nasciturus como lo hacen los ordenamientos civiles (Códigos o Códigos de Menores) de América en forma directa o refleja .00n la ratificación de la Convención Americana (1969), la casi totalidad de los Estados Americanos reconocen en forma directa y expresa la personalidad jurídica del niño no nacido, personalidad que detenta por su condición de ser humano. La Convención Americana une en el art. 4 respecto al nasciturus , los conceptos ser humano y persona . El paso hacia adelante ha sido dado, la progresividad ha funcionado. De esa forma y por aplicación del Código Latinoamericano de Derecho Internacional (Bustamante) el reconocimiento a la personalidad jurídica del nasciturus que dependía en América de lo que resolviera la ley personal, es decir cada ordenamiento civil al cual estuviera sujeto el niño no nacido, a partir de la Convención Americana, cualquier defecto o falta de reconocimiento en el derecho interno, será suplido por el Pacto de San José. Esto esta afirmado con mucha fuerza en dos artículos de la Convención: En el art. 1 inc. 2 dice claramente que ... para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano . En plena concordancia lógica con este postulado, el art. 4 reconoce el derecho a toda persona a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley en general a partir del momento de la concepción. La concatenación lógica de las dos normas venía impuesta a partir de la equiparación de: persona = ser humano, que efectúa el art. 1. Si persona es todo ser humano, y esta fuera de toda duda que el nasciturus es ser humano, no hay duda de que el niño no nacido es persona y tiene el derecho a la vida que consagra el art. 4. El silogismo queda concluido así: a) Todo ser humano es persona (art. 1 de la Convención). Premisa mayor. b) El nasciturus es un ser humano distinto a su madre. Premisa menor. c) El Nasciturus es persona (art. 4 de la Convención). Conclusión. No puede dudarse que la concatenación lógica de las normas antes mencionadas es perfecta. Ahora bien: Si los Estados Americanos entendieron en 1969 que el niño no nacido es un ser humano, con personalidad jurídica a partir de la concepción puede decirse que su práctica posterior a 1948 confirma y reafirma que entendieron al firmar la Declaración Americana, y expresaron

que Todo ser humano tiene derecho a la vida estaban brindando protección jurídica internacional al nasciturus , en cuanto ser humano. Así nos manda razonar, interpretar y concluir el art. 31, punto 3, inc. b, de la Convención de Viena. Se puede construir otro silogismo: Todo ser humano tiene derecho a la vida según se desprende del art. 1 de la Declaración Americana (mayor). El niño no nacido a partir de la concepción es un ser humano con personalidad jurídica según el art. 4 de la Convención Americana (menor). Todo niño no nacido tiene derecho a la vida. (Conclusión). El silogismo concluye que todo niño no nacido tiene derecho a la vida, y no algunos. En resumen, si este itinerario hubiera efectuado la CIDH, debió haber concluido que los Estados Americanos, al afirmar que Todo ser humano tiene derecho a la vida en 1948, reconocieron protección internacional al nasciturus . Así surge del texto y del contexto. Así lo determina la buena fe en la interpretación que siempre manda salvaguardar el objeto y fin del tratado. Así lo confirma la práctica de los Estados en 1948 y con posterioridad. Así lo exige la progresividad del sistema regional de derechos humanos. Así se deriva de la universalidad e inmutabilidad de los atributos esenciales de los seres humanos. El término en general que menciona el art. 4 no puede nunca significar lógicamente lo que la CIDH parecería determinar en Baby Boy , es decir que los Estados no han querido proteger a todos los niños no nacidos porque algunos estados ofrecieron reparos para no conculcar algunos casos de abortos aceptados en su legislación interna, consagrando así la inviolabilidad relativa y no absoluta del nasciturus . El término En general en el contexto del artículo puede conducir a un absurdo descomunal, y aquí sí se justifica una interpretación del mismo más allá del sentido corriente de los términos. Este término en general en el contexto del art. 4 no tiene un sentido claro y por lo tanto justifica una interpretación con comienzo en el art. 31 de la Convención de Viena y adelanto que sin necesidad de recurrir a los medios auxiliares del art. 32. De la simple lectura del referido art. 4 se demuestra el error de la CIDH. Dice la norma: toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción. La Convención no dice que algunas personas tienen derecho a que se les respete su vida, al contrario, dice que se le debe respetar la vida a todas las personas. Si el nasciturus y todos los nasciturus son personas a partir de la concepción, fuerza concluir que todos los niños no nacidos tienen derecho a la vida, y no sólo algunos. Aquí hay un término de más y es preciso saber cuál de los dos. El término toda persona y el término en general son contradictorios esencialmente en la redacción del art. 4, por lo que en el trabajo interpretativo, uno de los términos deberá forzosamente prevalecer sobre el otro y así se podrá encontrar el sentido correcto. Si el término en general significa lo que afirma la CIDH en Baby Boy , el término Toda Persona debe entenderse de otra forma más o menos así: generalmente la persona tiene derecho a que se respete su vida... Es decir estamos frente a un absurdo que tendrá implicancias sobre toda la Convención, porque el término toda persona - sin excepciones-, abre casi toda la formulación de derechos en cada artículo de la Convención, es decir que el absurdo en el art. 1 repercute en toda la Convención, al fallar la consideración del primer derecho y fundante de todos los demás (Derecho a la Vida). Por lo tanto tenemos la absoluta confirmación que la interpretación efectuada de esa forma ha sido errónea. En estas hipótesis el término en general prevalece sobre el término toda persona . Si el término en general cede ante el término toda persona el absurdo desaparece y el art. 4 encuentra compostura lógica con el resto de los demás artículos de la Convención donde el término en general no figura ni aparece condicionando ningún derecho, La desaparición del absurdo es el signo evidente de que la interpretación de un término ha sido la correcta. Así las cosas, la interpretación que otorga la CIDH se debe descartar si no

queremos correr el riesgo de descartar la Convención en su conjunto. Dicho término en general se transforma luego del análisis en un grafismo inerte. Sometiendo a prueba la afirmación anterior en el sentido de que el término en general es un grafismo inerte sin adecuación lógica que le justifique en el conjunto normativo en análisis, prosigo la demostración de ello. Dice el art. 4 de la Convención: 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.... . Reiterando que el término en general ha pretendido ser interpretado por la CIDH en el sentido de que los Estados no han querido otorgar protección internacional absoluta a todos los niños no nacidos, comienza la prueba demostrativa del absurdo oponiendo esa errónea interpretación con el postulado del art. 24 de la misma Convención cuando dice: Todas las personas son iguales ante la ley . La premisa: Generalmente las personas tienen derecho a que se respete su vida es contradictoria con otra que establezca que: Todas las personas son iguales ante la ley . Seguir sosteniendo la interpretación de la CIDH respecto al término en general , es enervar y destruir en la Carta Magna de los Derechos Humanos de América, el principio general de derecho más importante de occidente que afirma que: Todas las personas son iguales ante la ley , y ese es un precio demasiado caro por sostener el término en general . Cuando la Convención en su art. 4 unió en forma indisoluble los conceptos de nasciturus con personalidad jurídica, el camino de protección emprendido ya no tenía, posibilidades de regresión. Si se reconoce que el niño no nacido es persona, la igualdad ante la ley se transforma en obstáculo para cualquier discriminación. Los autores de la doctrina mencionada en el punto anterior no advierten que es un principio general del derecho, y por lo tanto constituye una verdad jurídica universal, la norma que contiene el art. 24 de la Convención Americana cuando afirma que Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Con ello se prueba que si el término en general significa que la mayoría está protegida en su derecho a la vida y que otros no lo están, el art. 24 se transforma en un grafismo inerte carente de sentido alguno. Confrontado el término en general con el art. 24, se despeja cualquier duda interpretativa. Es más lógico que el término en general se transforme en un grafismo inerte y no que eso suceda con el art. 24 que contiene una norma universal con carácter de principio general del derecho de las naciones civilizadas, que es la base de todo el desarrollo jurídico de occidente y que debe ser tenido especialmente en cuenta al resolver un litigio internacional según el art. 38, inc. c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Si el término en general significa ¡o que la CIDH pretende en Baby Boy el art. 24 de la CADH debería ser reformado por otro que dijera: No todas las personas son iguales ante la ley...

Más grave aún, si el término en general expresa como pretende la CIDH, que no todas las personas son protegidas por la ley en su derecho a la vida, ¿porqué referir esa discriminación para los no nacidos y no también para los nacidos?. Tal como está redactada la norma, la interpretación errónea que invoca a CIDH del término en GENERAL, puede también aplicarse a los nacidos y en consecuencia discriminar el derecho a la vida de minorías nacidas como no nacidas. Prosiguiendo la demostración de la interpretación errónea del término en general por la CIDH, sometemos a confrontación el art. 4 con la interpretación errónea del concepto en general con el art. 19 de la Convención cuando dice: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado . Hemos visto que para los Estados Americanos el nasciturus es un niño que merece toda protección, en consecuencia de sostenerse la interpretación del término

en general que afirma la mayoría de la CIDH en Baby Boy, también queda volatilizado este artículo. Para los Estados Americanos, el nasciturus es un niño. Así lo reflejan los dictámenes del Instituto Interamericano del Niño, y especialmente el X Congreso Panamericano del Niño. Así lo reflejan los Códigos Civiles y los Códigos del Menor de los Estados Americanos, antes y después de la firma de la Convención, como ya lo hemos visto y lo veremos en los puntos que siguen. Si esto es así, todo niño no nacido debe tener la protección de su familia, la sociedad y el Estado, y no solo algunos niños, toda vez que el art. 24 se refiere a todos y no a algunos niños. La Convención Americana cumplió el requisito-principio de la progresividad. Llevó a reconocer a los pocos Estados que aún no lo habían hecho, la personalidad jurídica del niño no nacido a partir de la concepción, uniendo de esta forma los conceptos de hombre, de ser humano y de persona, tarea, con la cual el niño no nacido se ha beneficiado al obtener la definitiva paridad de protección jurídica respecto a las personas nacidas. Al tratarse en la Comisión primera este tema, tomó la palabra el entonces representante de Brasil, D. Abranches y dijo que se suprima el concepto en general a partir del momento de la concepción, por ser vago y no tener eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura Convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto. El delegado de Venezuela le contestó al delegado de Brasil que en el orden internacional de los derechos civiles y políticos, no compete a la legislación interna juzgar sobre eso. El delegado de Ecuador pidió que se retire el término en general, y que quede redactado así: este derecho estará protegido por ley a partir del momento de la concepción. El presidente de la Comisión Sr. Gonzalo García Bustillos, toma la palabra y cierra el debate con estas palabras: ...que como delegado de su país (Venezuela), estima que en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una Convención que no consagre dicho principio... . Luego de la clara afirmación del Presidente, éste pone a votación el inciso en cuestión, el que es aprobado sin modificaciones. Es decir queda como ingresó el proyecto. Nada se expresó entonces por parte de Estado alguno respecto a que esta norma traería contradicciones con el derecho interno. Salvo la afirmación del delegado Brasileño D. Abranches nadie dijo nada. Más aún cuando el relator de la Comisión Primera hizo su informe en el plenario de la Conferencia, no expuso ni una sola palabra que hubiera habido los graves inconvenientes que menciona D. Abranches. Dijo el relator: Art. 4 (art. 3) del Proyecto (derecho a la vida). El tema de este artículo: el derecho a la vida, motivó amplia discusión. Gran parte de ella giró en torno al concepto de la inherencia de tal derecho a la persona humana. Asimismo se discutió, en medida considerable la idea de la supresión arbitraria de la vida. Por otra parte no fue menos discutido el tema de la pena de muerte; destacándose los criterios de la delegación del Uruguay, Honduras y Costa Rica, los cuales buscaron una fórmula conciliatoria en atención a las corrientes supresivas de esa pena en el ámbito regional americano. Otro tema de intenso debate en la discusión de este artículo fue el concepto de delito político... Por lo, demás el artículo aprobado conservó prácticamente el texto del proyecto. Las reservas de la Convención en este punto, son tres. Las dos primeras la efectúan EE.UU. y Brasil al momento de votarse la norma en cuestión en la Conferencia expresaron que ... interpretar el lenguaje del párrafo del art. 4, preservando para el Estado Parte la discrecionalidad para interpretarlo de acuerdo a su legislación y desarrollo social, experiencia y factores similares... . En realidad más que una reserva es una sinuosa declaración que puede significar mucho o no puede significar nada. Por las dudas que pudiera significar una restricción al derecho a la vida de cualquier persona, nacida o no nacida, Costa Rica hace saber al firmar que no está dispuesto a aceptar reservas interpretativas frente al derecho a la

vida afirmando que '...deja constancias de que no puede aceptar, y en esta materia salva su voto preceptos que no tiendan a garantizar, en forma absoluta este sagrado principio . Ese era el momento clave de la Convención, toda vez que el Estado anfitrión manifestaba claramente que no aceptaba ninguna reserva que no garantice en forma absoluta el derecho a la vida de una persona inocente. Cualquier Estado que hubiera discrepado con la actitud de Costa Rica de no aceptar estas reservas interpretativas contra el derecho a la vida de un inocente, le hubiera respondido, pero la respuesta fue el silencio, el mismo silencio que cuando el Presidente de la Comisión primera cerrara el debate afirmando que el derecho a la vida desde la concepción era innegociable . El innegable triunfo de la postura de Costa Rica, unida al cierre del debate en la Comisión primera cuando el presidente de la misma expresó que el derecho a la vida desde la concepción era innegociable y la aceptación de los Estados, al momento de la firma de la Convención, solo podía ser modificada con alguna reserva al momento de la ratificación o adhesión. Ningún Estado al ratificar o adherir, ha efectuado ninguna reserva interpretativa al término en general del art. 4, salvo MEXICO que afirma que Con respecto al párrafo primero del artículo cuarto, considera que la expresión en general usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida desde el momento de la concepción , ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados . Es decir que México de acuerdo a los términos usados en la norma, los debates, y el consenso existente quedo convencido de que la afirmación en general le prohibía legalizar en el futuro prácticas abortivas, es decir lo entendió absolutamente al revés de D'Abranches y su producto Baby Boy . La comprensión del problema que hace México demuestra que ha triunfado claramente en la Convención la protección internacional del nasciturus . La reserva mexicana al pretender conculcar el derecho a la vida de un ser humano inocente no puede sostenerse. La Convención Americana en su art. 75, remite a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y dicha Convención no admite reservas contra el objeto y fin del tratado. Conclusión: A modo de conclusión podemos afirmar que el art. 40, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos consagra el principio de la inviolabilidad absoluta de todo ser humano inocente. Ello así se desprende porque si bien la Convención garantiza el derecho a la vida a toda persona luego admite que los Estados que tengan la pena de muerte la continúen aplicando sólo para los delitos más graves en cumplimiento de una sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso. De esta forma queda claro que este derecho es solo absoluto para los seres humanos inocentes de graves delitos. El nasciturus ha sido considerado persona por la Convención Americana a partir de su concepción, y será siempre inocente, nunca podrá ser autor de graves delitos. El silogismo final es el siguiente: a) Toda persona inocente de graves delitos tiene el derecho absoluto a la vida. (Art. 4 de la Convención Americana.) b) El nasciturus es una persona (art. 4 de la Convención Americana) e incapaz de acciones graves intencionales (delitos graves). c) El nasciturus tiene el derecho absoluto a la vida.

**CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Se trata de la norma más importante de protección de la infancia en la Republica Argentina. Completa y repotencia a la Convención Americana de Derechos Humanos. Completa y repotencia porque es legislación posterior, y específica sobre la infancia. El día 20 de Noviembre de 1989 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Internacional de los Derechos del Niño . Esta convención es producto de una inquietud del gobierno Polaco, enriquecida en once años de trabajo por la Comisión Internacional de Derechos Humanos y un grupo especial de redacción de esa misma Comisión. La Convención ha significado un

gran avance para la protección de los niños no nacidos. El día 20 de Noviembre de 1989, en el seno de la Tercera Comisión de la Asamblea General, el Sr. Representante de la República Federal de Alemania, expresaba conceptos que sintetizaban lo que fue un gran día para la dignidad de la vida humana naciente. El citado representante germano decía horas antes de la firma de la Convención que el proyecto ya no da la impresión de que renuncia al principio enunciado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 de que el niño debe ser protegido incluso antes del nacimiento. Si se tiene en cuenta el art. 31 de la Convención de Viena, del 23 de Mayo de 1969, según el cual un Tratado debe interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin, el párrafo noveno del preámbulo representa un gran triunfo. El entusiasmo del representante alemán era justificado, toda vez que se había logrado insertar en el preámbulo aquella afirmación de la Declaración de 1959: el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales tanto antes como después de su nacimiento. Ahora la Convención retomaba ese concepto que implica reconocer que el *nasciturus* es simplemente un niño, que aun no ha nacido. Este reconocimiento a la protección y cuidado del niño antes de su nacimiento había sido fruto de la enmienda filipina en los debates del año 1959, propuesta para compaginar una enmienda Italiana. Esta cuestión ya la hemos profundizado en puntos anteriores del presente trabajo, pero conviene recordar el comentario del representante de Arabia Saudita en 1959 sobre las dos enmiendas propuestas al preámbulo de 1959: ... N° 12.... La propuesta tendiente a insertar las palabras desde el momento de la concepción suscita vivas controversias, y hay que reconocer que la expresión *from the moment of his conception* que figura en el texto inglés de la enmienda italiana revisada y la subenmienda italiana, plantea dificultades de interpretación. Es imposible en efecto determinar el momento exacto de la concepción. ¿Se trata de la concepción en sentido médico o de momento de la concepción como resulta de la aplicación de los plazos legales del embarazo? Esos plazos no están preceptuados, por cierto, más que en las legislaciones que admiten el principio según el se considera al niño nacido desde el momento de su concepción. No hay que olvidar que muchos países que no reconocen ese principio deben sin embargo, estar en condiciones de aprobar el proyecto de declaración N° 14. La enmienda Filipina, que emplea la fórmula más amplia tanto antes como después del nacimiento, resuelve esa dificultad. Esa enmienda no es una transacción - prosigue el árabe- . Asegura una protección de los derechos del niño tan eficaz como la enmienda italiana, pues el periodo anterior del nacimiento se remonta evidentemente hasta la concepción... . Mantener la consideración al niño no nacido del preámbulo de 1959 en la Convención de 1989 constituía un gran avance para la protección internacional del *nasciturus* que era advertido por el representante de Alemania con estas palabras: ... el derecho a la vida del niño antes del nacimiento será reconocido por primera vez en una Convención internacional. Esta disposición está en consonancia con el art. 10 de la Constitución Alemana que dice así: Los derechos generales de las personas son igualmente aplicables a los niños que están por nacer, incluso desde el momento de la concepción... . Esta afirmación expresa de la delegación alemana no fue contradicha por nada ni nadie. Más aún, el profesor Lopatka (Polonia) a quién se adjudica la paternidad intelectual de la Convención, informaba el 10 de Noviembre de 1989 a la Tercera Comisión de la Asamblea General sobre la evolución de la gestación del proyecto, y allí debió reconocer, que frente al proyecto original que definía niño solo al nacido, algunos estados han sido partidarios de adoptar disposiciones más estrictas en los derechos del niño antes y después de nacer... . Esas disposiciones a las que se refiere el profesor polaco son sin duda dos fundamentales: a) La inclusión en el noveno párrafo del preámbulo del reconocimiento de que se es niño antes de nacer, y como todo niño

el nasciturus debe ser cuidado y protegido especialmente. b) A raíz de la inclusión de ese concepto de niño antes de nacer, expuesta en el preámbulo, hubo de reformarse el art. 1° del Proyecto que definía al niño desde el nacimiento hasta los dieciocho años, por otra definición que expresara que niño es todo ser humano hasta los dieciocho años . Al entrar en el preámbulo este principio, entraba lisa y llanamente en el texto del tratado, toda vez que la Convención de Viena en su art. 3, inc. 2, establece que el análisis del texto será en el contexto de éstos, y el contexto se forma del texto, el preámbulo y los anexos. Aunque no se comparezca con otras actitudes que hemos visto en esta misma investigación, el representante de EE.UU. señor Smith, afirmaba en el seno de la Tercera Comisión de la Asamblea General el día 10 de Noviembre de 1989, que EE.UU. ... apoya sin reserva la inclusión en el preámbulo del proyecto del enunciado contenido en la declaración de los Derechos del Niño de 1959, de que en razón de su inmadurez física y mental, el niño requiere una protección y cuidados especiales antes y después de nacer, los efectos positivos que se derivan de la atención materna, prenatal y neonatal básicas, tanto para la madre como para el niño recién se está empezando a reconocer plenamente en los EE.UU. El representante de Japón advertido por el giro tomado por la Convención hacia la protección internacional del nasciturus , afirma el día 13 de Noviembre de 1989 en la Tercera Comisión de la Asamblea General que si bien la principal finalidad de la Convención es proteger a los niños a partir del nacimiento, el gobierno de Japón respeta el espíritu del párrafo noveno del preámbulo, en el que señala que el niño necesita protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento... El representante del Nepal, advirtiendo que la Convención retomaba la protección del niño desde antes de su nacimiento, expresaba a través de su representante que su Gobierno ... Ha implantado políticas concebidas para promover el bienestar físico del niño incluso antes de nacer gracias a cuidados prenatales...

La Santa Sede, a través de su representante, expresaba en los debates que ...Que es muy significativo que el proyecto de convención reconozca claramente el derecho a la vida del niño aun no nacido. Si bien la Santa Sede hubiera preferido que en esos artículos del proyecto de convención se ahondara más en ese derecho, tiene confianza en que el párrafo nueve del preámbulo servirá para interpretar el resto de la convención . En consonancia con la Santa Sede, Filipinas afirma que acoge con agrado que en el preámbulo de la Convención, se reconozca que los niños, debido a su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales incluso la debida protección jurídica, tanto antes como después de su nacimiento. Sin embargo considera que la protección del niño no nacido a que se hace referencia en el preámbulo, debería haberse desarrollado más detalladamente en los arts. de la Convención, en particular en el art. 6... No puede dudarse que las razones del cambio operado responden sin duda a la acción mediata e inmediata de los Estados Americanos. La acción mediata se encuentra expresada en la actitud de los Estados Americanos en los debates de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, donde apoyaron masivamente el reconocimiento de los derechos del niño a partir de la concepción, y así obtuvieron el reconocimiento de toda la Comunidad Internacional a estos derechos, cuando la Declaración incorporó en su preámbulo el principio de que el niño necesita protección y cuidados especiales tanto antes como después de su nacimiento . Esta fórmula, hoy universal, no se hubiese logrado sin la acción concertada de los Estados Americanos, como quedó demostrado en esta investigación. La acción de los Estados Americanos en los debates de 1959 que ya hemos estudiado, marcan un punto de inflexión sin retorno a favor de la protección del niño no nacido. El gran reconocimiento universal de 1959 no es para los Estados Americanos más

que la reiteración de una práctica por ellos siempre sostenida. De esta forma se puede entender la acción inmediata que los Estados Americanos desarrollaron en la preparación y votación de la Convención de 1989. A ellos se debe fundamentalmente el mantenimiento del principio preambular que va a originar el cambio de definición en el art. 10 del concepto de niño. El proyecto consideraba que un niño comenzaba con el nacimiento, pero la acción de nuestros Estados, llevó a la Convención a definir al niño como todo ser humano hasta los dieciocho años. El triunfo ha sido evidente y es el resultado de años de compromiso por la vida humana naciente que la CIDH no quiso advertir. ARGENTINA, expresó en el seno de la Tercera Comisión de la Asamblea General el día 14 de Noviembre de 1989, que celebra que el preámbulo que el proyecto de Convención se haya incluido el concepto de que el niño necesita protección y cuidados especiales tanto antes como después de su nacimiento. Ese enunciado garantizará una condición biológica y social igualitaria que redundará en beneficio del mejor desarrollo del niño. Además ARGENTINA al ratificar la Convención Sobre los Derechos del Niño, efectúa una reserva interpretativa en el sentido de que entiende que cuando la Convención afirma que niño es todo ser humano hasta los dieciocho años, está comprendido el nasciturus a partir de la concepción, en un todo de acuerdo con su legislación interna. Argentina comienza a estudiar el proyecto que los expertos de Naciones Unidas producen en 1988. En ese estudio el grupo Argentino integrado por representantes del Estado y de las ONG especializadas y otras de acción comunitaria cuestionan el art. 1 del Comité de Expertos en cuanto define . . .es niño todo menor desde el nacimiento hasta los dieciocho años. Argentina propone su cambio por una norma que establezca . . .es niño todo menor desde su concepción hasta los dieciocho años. Tuvo éxito el planteo y en segunda lectura de la Comisión de Expertos, la Comisión de Derechos Humanos, en 1989, modificó el proyecto en su art. 10 y se aceptó la siguiente fórmula: ...Se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años... . Mediante la ley 23.849 de 1990, Argentina ratificará la Convención sobre los Derechos del Niño, con la reserva unilateral interpretativa de que se es niño desde la concepción en el seno materno. Luego en la reforma de la Constitución de 1994, Argentina otorgará a la Convención Sobre los Derechos del Niño, jerarquía Constitucional. En virtud de ello, no puede dudarse que para la Argentina, el nasciturus tiene protección plena constitucional, como ya la tenía antes por el art. 33 de la C.N., y ello no sólo por la reserva interpretativa, que estimo sobreabundante atento la claridad de (a letra y el espíritu de las normas, sino por todo lo que significa la génesis y desarrollo de (a Declaración de 1959 y la Convención de 1989. La fórmula transaccional adoptada por el art. 1° de la Convención en cuanto determina que Niño es todo ser humano hasta los dieciocho años... , es solo transaccional en apariencia, y significa un triunfo de la posición tradicional de los Estados Americanos, es decir es un triunfo de la protección del nasciturus, toda vez que en el siglo XX se puede haber negado con pertinacia que el niño no nacido sea persona para el derecho, lo que nadie se ha obstinado en negar es que tenga existencia y que esa existencia sea humana, con lo cual la fórmula de la Convención es un triunfo inconmensurable para la causa de la vida humana naciente, no tanto en América Latina, donde siempre ha sido así tradicionalmente sino en el resto del mundo, donde los niños no nacidos están expuestos a ataques y procedimiento de destrucción masiva, que asombraran a los historiadores del futuro. Tratándose la Argentina de un Estado Federal, conviene también tener en cuenta que las Constituciones Provinciales de la década del 80, consagran el absoluto derecho inviolable a la vida del niño no nacido.

CONCLUSION: Los niños no nacidos en esta Provincia tienen protección constitucional en su derecho a la vida en forma absoluta. Es absolutamente increíble que se elimine a un niño porque su mamá es débil mental, cuando todos sabemos que de madres débiles mentales no nacen niños débiles mentales. No hay motivo alguno para destruir una vida humana inocente.-

61.- El día 27/07/2012 el Tribunal dispone tener por agregada tal presentación.-

62.- El día 31/07/2012 (fs. 615/630), la Asociación Civil por el derecho a Decidir, en su carácter de Tercera en la presente causa, evacua el traslado de la demanda, solicitando su rechazo.

Para empezar, sostienen que la demanda incoada por de la Asociación Civil Portal de Belén en la que se solicita a S.S. se suspenda la Guía de atención de abortos no punibles y, en la ampliación de demanda, la inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal argentino se sustentan en una serie de falacias estructurales: en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vida está protegido desde la concepción, la existencia de la figura del homicidio prenatal, el aborto no punible resuelve el abuso sexual o las discapacidades de la gestante, el legislador se olvidó de derogar el artículo 86 del Código Penal, sólo el feto tiene derechos de jerarquía constitucional, el derecho a la vida es absoluto, la legislación provincial tiene jerarquía superior a las leyes de la nación y los tratados y convenciones de derechos humanos, el Estado no debe garantizar el acceso a la salud, la mujer está obligada a denunciar delitos de instancia privada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Estado provincial se están arrogando facultades legislativas, el fallo de la Corte no es un fallo o es un fallo nulo de nulidad absoluta (sic).

Contestación de la demanda a la luz de argumentos jurídicos y basados en la legislación vigente y los tratados de derechos humanos que conforman el bloque e constitucionalidad. La Asociación Civil Portal de Belén, obviando la legislación y la jurisprudencia en la materia: a) Desconoce que el derecho a la vida desde la concepción no está receptado en nuestra Constitución Nacional ni en el sistema convencional argentino.

a.i) La Constitución Nacional - El derecho a la vida desde la concepción NO fue receptado en Reforma Constitucional de 1994. En la Constitución Nacional argentina no existe ninguna referencia explícita a que exista una protección de un derecho o interés de la vida desde la concepción'. El derecho a la vida desde la concepción fue objeto de discusión durante la reforma constitucional de 1994 y fue expresamente rechazada la incorporación de esta cláusula por la Convención Constituyente. En este sentido sostiene Filippini que En conclusión, la Convención Constituyente, debería leerse en el sentido de haber refrendado, a grandes rasgos, la ley penal entonces vigente y de haber deferido la cuestión sobre casos dudosos o nuevos a los poderes constituidos; en particular, al Congreso Nacional, tanto respecto de los límites a los supuestos existentes, como de la inclusión de otros supuestos. Y en este mismo sentido se resolvió en la Convención Constituyente en la que se debatió ampliamente sobre la incorporación del derecho a la vida desde la concepción, solución que fue desestimada por los convencionales. Tampoco puede concluirse que la Convención Constituyente condenara el derecho al aborto. Basta con retomar las discusiones parlamentarias. Es por ello que la actora intente argumentar con el artículo 75 inc. 23 de la CN que nada tiene que ver con la materia que aquí se discute. En relación a esto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L ha sostenido en el considerando

9 que que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados [...], considerando como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, [...]. Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto. Es decir que la protección del derecho a la vida desde la concepción fue motivo de discusión en la Convención Constituyente de 1994 y fue expresamente desestimada por el Convencional, cuestión que no puede pasarse por alto en esta materia, pues esto supuso una intención del legislador de mantener incólumes las causales de no punibilidad y dejar librado al legislador la ampliación de causales o la despenalización del aborto. Caso contrario, el legislador habría dado protecciones específicas en este sentido. PERO NO LO HIZO. Una argumentación en contrario, como la que propone la actora, no sólo desconoce la discusiones que tuvieron lugar durante la Convención Constituyente de 1994 relativas a la materia y la propia redacción final de la Constitución Nacional, sino que también pretende arrogarse facultades que no le corresponden NI a las organizaciones de la sociedad civil NI al Poder Judicial, sino al Poder Legislativo.

a.2 En los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional - Legislación, jurisprudencia y recomendaciones de organismos internacionales vinculada con el aborto no punible que no es considerada por la actora. Las convenciones y tratados se rigen en las condiciones de su vigencia (artículo 75 inc. 22 de la CN). La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 4.1 que 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... . Las palabras en general fueron, precisamente, introducidas para que los países ratificantes no tuvieran que modificar sus legislaciones sobre aborto. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana, encargados de vigilar e interpretar el contenido de la Convención, se pronunciaron sobre este punto en un caso sobre aborto conocido como Caso Baby Boy . En el caso Baby Boy vs Estados Unidos , -que la demandante ha pasado por alto- la Comisión en los considerando 18 puntos e) y f) sostuvo que: e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto el derecho a la vida desde el momento de la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o

contagiosa y, E) por angustia económica. En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo 1 del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n. 1, 2 (casos A y B) [...] (Códigos Penales Iberoamericanos - Luis Jiménez de Asua, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II). 4

Además, en el mismo pronunciamiento la Comisión sostiene que ... Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término la frase En general . En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional los casos más diversos de aborto . En el considerando 25 de la misma resolución, remarca que: 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 sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, 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'. Es decir que son los propios organismos de la Organización de Estados Americanos encargados de vigilar e interpretar el contenido de los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos los que han manifestado en esta materia específicamente cuál es la interpretación que debe darse al artículo 4.1 de la Convención y su preocupación por el impacto de la legislación restrictiva en materia de aborto sobre la vida y la salud de las mujeres. En el mismo sentido se ha pronunciado la CSJN en el caso FAL en el considerando 10. Desconociendo esta jurisprudencia específica en la materia y los contextos de redacción de los Tratados y las Convenciones, la actora sustenta su posición en jurisprudencia que no está vinculada con la materia. Para sustentar su posición citan reiteradamente el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Instituto Reeducción del Menor , citando a la Corte cuando dice que los artículos 6y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño . Este es un caso de un instituto para adolescentes en conflicto con la ley penal y que nada tienen que ver con el aborto no punible. Esta cita, descontextualizada y parcializada, no tiene la más mínima relación con la temática que se discute en la presente causa. En la órbita de la Organización de Estados Americanos existen sendos pronunciamientos directamente relacionados con el aborto no punible, como el citado caso Baby Boy obviado por la actora en sus antecedentes jurisprudenciales.-

La Convención de los Derechos del Niño, en su art. 1, nada se dice respecto del derecho a la vida desde la concepción. La declaración interpretativa que indica Con relación al art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad . En materia de derecho internacional, es necesario ser contundentes en relación a que una declaración interpretativa no tiene el mismo carácter que una reserva. Una reserva excluye una norma o le otorga un efecto distinto, mientras que la declaración interpretativa es solo un acto unilateral con menos consecuencias jurídicas que no modifica no excluye la aplicación de las cláusulas del tratado. Con respecto a la validez de la cláusula interpretativa hecha por Argentina por ley 23.849 nos la Corte ha

sostenido en el antecedente específico sobre esta materia FAL, considerando 13. Al no ser una reserva en los términos del art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, significa que por imperio del art. 31 de la Constitución Nacional, es una ley nacional y tiene jerarquía inferior la Constitución y a los informes y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, organismo conformado por expertos en la materia y encargado de vigilar e interpretar la Convención. Es el propio Comité de los Derechos del Niño el que manifestó en las observaciones finales para Argentina en el año 2010 su preocupación por las interpretaciones restrictivas del artículo 86 del Código Penal Argentino y recomendó al Estado argentino adoptar medidas para garantizar el acceso al aborto no punible. En este sentido sostuvo su preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal. [...] El Comité recomienda al Estado parte que [...] Incremente sus esfuerzos para promover la salud materna e infantil [adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas [...] Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal . Ante esta preocupación, la actora sólo se atiene a considerar que es tragicómico que sea precisamente el Comité de los Derechos del Niño, quien pretenda dar las bases jurídicas para la destrucción de los niños no nacidos en la Argentina, lo que es de una confusión superlativa . Tragicómico es el argumento más jurídico que tiene la actora. Por otra parte, y en una actitud conocida en la jerga popular como manotazo de ahogado , la actora deslegitima las observaciones del Comité de los Derechos del Niño con el sólo argumento aparente de la composición de este comité, como si sus pronunciamientos no tuvieran valor jurídico por el sólo hecho de la profesión de quienes los componen, desconociendo que estos Comités se conforman, precisamente, por equipos interdisciplinarios de expertos en la materia. Todo en una actitud recurrente de la actora de desconocer sistemáticamente las instituciones como la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los organismos internacionales de Derechos Humanos que tienen competencia para condenar por responsabilidad internacional a nuestro país. Y que ya lo han hecho. Es decir que los sustentos jurídicos de la actora son: jurisprudencia que no refiere a la materia objeto de este pleito (aborto no punible) y apreciaciones personales como tragicómico . Y no le queda otra opción que manifestarse de esa forma anti-jurídica, pues el otro camino argumentativo es considerar la legislación vigente y tomar en cuenta que los Tratados de Derechos Humanos y, particularmente, la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño rigen, como lo dispone la propia Constitución Nacional, en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 CN) y ello significa que incluso con la ratificación de los tratados de derechos humanos y por lo dispuesto en la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969 que Argentina ha ratificado antes de la vuelta a la democracia en 1983, puede señalarse que las normas (en sentido amplio de normas, es decir, incluyendo no sólo los textos de los tratados, sino todas las demás decisiones que derivan de ellos, o sea las normas que producen los organismos generalmente creados por ellos- y que monitorean su cumplimiento), pasan a formar parte de nuestro ordenamiento como fuentes del mismo. Las decisiones en cuestión de casos ( denuncias , peticiones o comunicaciones' individuales son fuente para el caso, pero también valen como precedentes para nuevos casos, y las

Observaciones Generales -u Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, las Observaciones Conclusivas, los informes temáticos o por países, y demás documentos que emanan de los órganos que controlan los tratados que el país ha ratificado también comportan fuentes de nuestro derecho . b) Desconoce que los pactos que hablan del derecho a la vida no ponen en cuestión el aborto no punible, pues en el Código Penal ya se resolvió ese conflicto de derechos. El aborto y las causales de no punibilidad están en el capítulo de los delitos contra la vida desde 1921. Por el contrario, los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos refuerzan el artículo 86 de Código Penal que contempla los derechos de las mujeres , ahora con rango constitucional y convencional. En nuestro país, la legislación nacional no reconoce el derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo. A esto se le llama aborto. Sin embargo, el Código Penal establece ciertas excepciones (sistema de permisos). A esto se le llama aborto no punible. Es decir, se vuelve no punible y la conducta está permitida en circunstancias especialmente tipificadas. El Código Penal establece en el artículo 86: (...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1°. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2°. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto . Estas causales de no punibilidad fueron introducidas originariamente por la comisión del Senado en 1919, tomadas del proyecto suizo de 1916. La legislación de 1921 que fue una de las más permisivas de la época'. Cuando el legislador previó las causales de no punibilidad tuvo en cuenta los derechos en conflicto: los derechos de las mujeres y el derecho a la vida intrauterina. En el art. 86 inc. 1 y 2 el legislador ya ha hecho una ponderación de los derechos que deben primar ante este conflicto, y en los dos casos expresamente previstos, prevalecen los derechos de la mujer. El derecho a la vida NO ES ABSOLUTO -COMO PRETENDE LA ACTORA- Y POR ESO EL CÓDIGO PENAL PREVÉ CAUSALES DE NO PUNIBILIDAD EN DONDE ESTE DERECHO CEDE FRENTE A OTROS DE IGUAL JERARQUÍA. ASÍ LO PREVIO EL LEGISLADOR EN 1921 (redacción que se mantiene hasta nuestros días). El legislador, al considerar los derechos en conflicto, decide sobre las causales de no punibilidad y hace ceder el derecho a la vida intrauterina (que se consideró ya en 1921 y por eso se legisló sobre el aborto). Es por eso que en estos casos de no punibilidad la privación de este derecho no es arbitraria (como sería si una mujer se practica un aborto que no está previsto en las causales de no punibilidad). En los restantes casos, los que están fuera de la no punibilidad, el aborto está penalizado y prevalece el derecho a la vida intrauterina. Es decir que el legislador prevé una solución ante un conflicto de derechos en los que ha considerado tanto la vida intrauterina como los derechos de la mujer. El legislador ha considerado el derecho a la vida intrauterina en relación con los derechos de la mujer que tienen igual jerarquía e hizo ceder el derecho a la vida intrauterina. Es por ello que el hecho de que exista un derecho a la vida intrauterina no basta para decir que el aborto es inconstitucional, menos aún si el legislador ha previsto las causales en las que no expande su poder punitivo. Afirma Gil Domínguez que esto no implica que dicho derecho humano: a) tenga a priori una mayor jerarquía que otros derechos fundamentales y humanos, b) que en caso de colisión con otros derechos fundamentales y humanos estos no puedan prevalecer sobre el derecho a la vida, c) que se tenga que utilizar de forma exclusiva para su protección el derecho penal, d) que el legislador mediante el método de la ponderación establezca que los derechos fundamentales y humanos de la mujer (ser humano nacido) tienen más peso que el derecho a la vida de la vida humana del

nasciturus (ser humano no nacido). Y esto es lo que ha hecho (hace casi cien años) el órgano que toma las decisiones de política criminal (el Poder Legislativo) que se convirtieron en 1921 en la legislación vigente y, actualmente, rigen en materia penal. Cualquier interpretación más restrictiva nos colocaría en un franco retroceso y en argumentaciones más apropiadas a otra época (siglo XIX) o, más atrás, en las leyes españolas en la materia cuando todavía no existía el Código Penal. O en la consideración de que existen derechos absolutos incompatibles con un Estado de Derecho.

Es por eso que las causales de no punibilidad, luego de la reforma de 1994, se vieron reforzadas y legitimadas por el orden convencional y de los tratados de derechos humanos. Los derechos de las mujeres que fueron considerados por el legislador tienen, luego de la reforma de 1994, jerarquía constitucional y convencional.-

Derecho a la salud de las mujeres, contemplado en el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal está expresamente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 3, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos art. 6, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 2. Todos con rango constitucional (art. 75 inc. 22) e integran el bloque de constitucionalidad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentó una evaluación del derecho a la salud en su Observación General número 14, donde explica que este derecho comprende tanto libertades como el derecho [de las personas] a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, así como derechos tales como el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. También recomienda a los Estados Parte eliminar las barreras que limitan el acceso de las mujeres a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. [...] mejorar las condiciones médicas y sanitarias para la realización de abortos [...] Igualmente expresa su preocupación por las consecuencias negativas que presenta la legislación restrictiva en materia de aborto sobre la salud de las mujeres y ha recomendado a los Estados legalizar el aborto en ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando el embarazo es el resultado de violación o de incesto, o cuando la vida de la mujer corre peligro.

El derecho a la salud de las mujeres que, en general, venimos a defender en este pleito, no puede considerarse aisladamente, sino en el marco del plexo normativo constitucional y convencional que rige en las condiciones de su vigencia. -

Derecho a la vida de las mujeres: contemplado en el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal y reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6. También con rango constitucional (art. 75 inc. 22) e integran el bloque de constitucionalidad.

El derecho a la libertad seguridad e integridad personal de las mujeres reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9. Estos derechos cobran particular relevancia en el caso del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal que contempla la no punibilidad del aborto en caso de abuso sexual, en donde la libertad y la integridad personal de las mujeres se han visto ultrajadas. El inciso 2 del artículo 86 del Código Penal solo puede interpretarse de esta manera, lo contrario sería sostener un argumento eugenésicos incompatible con los tratados y convenciones de derechos humanos con rango constitucional. Y desconocer este derecho implica someter a la mujer nuevamente a una situación de violencia -embarazo no forzado. -

Derecho a estar libre de violencia: la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, con rango constitucional (art. 75 inc. 22), específicamente esta Convención prevé los casos de violencia por abuso sexual y maltrato. Esto refuerza el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, en tanto el abuso sexual como forma de violencia hacia la mujer es rechazado enfáticamente en los tratados de derechos humanos con rango constitucional. El derecho a no ser sometida a violencia por abuso sexual es un derecho de rango constitucional y convencional que es considerado entre las causales de no punibilidad. En estos casos el Código Penal en muy claro y conciso. Este derecho de rango constitucional y convencional es el que hace ceder en el inciso 2 al derecho a la vida intrauterina. En relación con el inciso 2 del artículo 86, la CSJN tiene dicho el caso FAL respecto de las víctimas de abusos sexuales que Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo [...] reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida .-

Derecho a estar a no ser sometido a tratos inhumanos crueles y degradantes, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 y Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos y Degradantes. El Comité contra la Tortura de la ONU ha manifestado su preocupación por las condiciones de acceso al aborto, que incluyen la obligación de denunciar en su contra en el marco de causas penales y destacando que la penalización del aborto puede llevar a ser contraria a dicha convención, en tanto puede suponer el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes'. Derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, arts. 2 y 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 3; la Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 1; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) aborda el contenido de estos derechos detalladamente: Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1).

En materia de aborto no punible, en sus observaciones generales del año 2000 para el caso de Argentina, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló que Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos

discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado .-

Obligar a una mujer a sostener un embarazo forzado supone un acto de discriminación específico contra la mujer, pues se les exige a las mujeres un acto heroico por ser las únicas que pueden llevar a adelante la gestación y que pueden quedar comprendidas en las causales de no punibilidad. Esta afirmación puede parecer una obviedad, pero se pasa por alto sistemáticamente que son las mujeres quienes llevan a delante el proceso de gestación.

Igualmente, la suspensión de una guía de atención de abortos no punibles coloca a las mujeres pobres en situación de terrible desigualdad frente a aquellas mujeres que pueden acceder a practicarse abortos seguros, porque ni la penalización ni la suspensión de una guía evitan que las mujeres sigan practicándose abortos. Es por eso que el aborto no punible practicado en condiciones seguras es también una cuestión de justicia social. -

Por otro lado, las mujeres cordobesas somos todas colocadas en situación de desigualdad con las mujeres de otras provincias donde los casos de abortos no punibles (o sea, permitidos por la ley) se atienden en los hospitales públicos y se practican en condiciones seguras y resguardando la privacidad y autonomía de las mujeres. -

Desconoce los derechos de las mujeres y supone que existen derechos absolutos. Es por ello que desconoce que en las causales de no punibilidad el legislador resolvió un conflicto de derechos: hizo prevalecer los derechos de la mujer.

La demanda de la actora se sustenta en una falacia estructural porque desconoce los derechos de las mujeres y supone que existen derechos absolutos: pues desconoce el lugar donde se lleva a cabo la gestación, el vientre de la mujer, a la que le niega derechos humanos fundamentales a lo largo de toda la demanda. Por las razones mencionadas precedentemente, es que debemos insistir en el carácter NO ABSOLUTO del derecho a la vida intrauterina y en la insuficiencia de su invocación para hablar de aborto no punible. Pues la figura del aborto no punible, además, considera derechos que actualmente tienen jerarquía constitucional y convencional y cuya conculcación no puede sostenerse jurídicamente (salvo en un acto expreso de violación de los derechos humanos). Ni las organizaciones de la sociedad civil ni el Poder Judicial pueden arrogarse facultades legislativas. Decir que el legislador se olvidó de derogar un artículo del Código Penal es pretender arrogarse las facultades del órgano de la dieta las normas, que es EL PODER LEGISLATIVO. Los derechos de la mujer tenidos en cuenta por el legislador en 1921 ACTUALMENTE TIENE JERARQUIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. Y REFUERZAN LAS CAUSALES DE NO PUNIBILIDAD EN LUGAR DE DEROGARLAS COMO PRETENDE LA ACTORA EN UNA CLARA ACTITUD CONULCATORIA DE DERECHOS. En la demanda de la actora se le acuerdan a la persona por nacer un listado de derechos planteados de manera sesgada y con una interpretación de la normativa internacional de derechos humanos que no se adecua a ningún estándar vigente; y por otro lado, se le acuerda a la mujer sólo el derecho a la salud el que define de manera restringida y escueta. Por esta razón, y al no brindar argumentos basados en derechos que permitan apreciar el conflicto de intereses de manera integral, toda la fundamentación desarrollada por la actora carece de pertinencia y no hace una ponderación correcta de los derechos en conflicto ya que deciden ignorar todos los derechos acordados a las mujeres. Una decisión tomada en base a esos argumentos carece de legitimidad jurídica

y produce un grave daño a los derechos fundamentales de todas las mujeres. Por otro lado, la medida cautelar solicitada por la actora sólo considera que no se produce daño al Gobierno Provincial, pero no advierte que el daño se produce tanto a las mujeres inmersas en la situación del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal a las que relega al sistema clandestino de abortos inseguros con todos los riesgos que ello conlleva para la vida, integridad, y salud; sino que también pone en serio riesgo la responsabilidad del Estado Nacional ante los organismos de derechos humanos. Este desconocimiento del conflicto de intereses, facilita el pedido de acciones supererogatorias a las mujeres que buscan interrumpir un embarazo producto de una violación en una franca violación a su libertad y autonomía personal, su dignidad, integridad e igualdad. También, de esta ignorancia se presupone que la intensidad del daño para la mujer es inferior al daño producido al por nacer sin ni siquiera acercarse a ningún dato de lo que significa un embarazo forzado, y que el Comité de Derechos Humanos en el caso L.M.R. 9 lo definió como trato cruel, inhumano o degradante.

Desconoce los derechos de las mujeres. Es, en su totalidad, una falacia, por desconocer la existencia de los derechos de la mujer (portadora del feto en su vientre). Y así de grotesca se presenta la demanda, pues esta Asociación ha obviado que el feto se gesta en un cuerpo, el cuerpo de la mujer a quien se le reconocen derechos humanos fundamentales tanto en la Constitución como en los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos con rango constitucional. Y tenemos que poner en conocimiento a esta Asociación de que las mujeres (esas que llevan adelante el proceso de gestación) son humanas y tienen derechos humanos básicos, reconocidos por los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país, que conforman el bloque de constitucionalidad y se encuentran respetados en los incisos 1 y 2 del Código Penal. En este sentido se pronunció la Dra. Argibay en su voto en el fallo de la CSJN FAL, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal .-

Desconoce que el aborto no punible NO resuelve ni el abuso sexual ni, mucho menos, las discapacidades de las mujeres, sino un conflicto de derechos. Las mujeres no están obligadas a abortar. El argumento aparente de la actora de que el aborto no punible no resuelve el abuso sexual ni las discapacidades de las mujeres no puede sostenerse jurídicamente, pues las causales de no punibilidad no tienen ese fundamento. El aborto no punible resuelve un conflicto de derechos: en los casos del inciso 1 y 2 el legislador priorizó el derecho a la salud y la vida de la mujer, así como la posibilidad de elegir en el caso de que las mujeres hayan sido abusadas sexualmente. Bajo ninguna circunstancia el legislador ha querido subsanar un abuso sexual o devolver la capacidad a la mujer. Esto solo puede pensarse si se desconoce que la mujer tiene derechos humanos básicos y que esos derechos son considerados en las causales de no punibilidad. Las mujeres que así lo consideren y decidan llevar adelante un embarazo PUEDEN HACERLO, PUES LA LEGISLACIÓN NO OBLIGA A NADIE A ABORTAR.

Confunde homicidio con aborto . Distinto tratamiento del derecho a la vida. La inexistencia de la figura jurídica del homicidio prenatal en nuestro ordenamiento jurídico.

En la Argentina el Código Penal sólo recepta dos figuras: el homicidio y el aborto. El legislador ha resuelto el conflicto de derechos existente y la norma está vigente desde 1921. La actora desconoce que el Código Penal distingue entre homicidio y aborto e inventa una figura jurídica sobre la que sustenta la demanda: la del homicidio prenatal . Con lo cual la demanda carece de sustento jurídico. Las consideraciones NO son jurídicas, sino más bien de una situación que la actora vive como una tragedia y que trae a los Tribunales con ese carácter. Pero no son cuestiones jurídicas. Es imposible imaginar qué sucedería si cada persona, asociación o institución que imagina o sueña figuras jurídicas las trajera a los Tribunales con este tono novelesco y citando normativa o jurisprudencia al azar que nada tienen que ver con el caso en cuestión. Es un atentado contra la investidura del Poder Judicial -y a la sociedad en general- el planteo de este tipo de cuestiones, que cuando han conmocionado a Tribunales -por su excesivo tono literario y fantasioso que apela a las emociones más profundas- han terminado en juicios políticos por mal desempeño de las funciones públicas y desconocimiento del derecho.

Desconoce la jerarquía constitucional prevista en el artículo 31 de la Constitución Nacional e invoca inconstitucionalidades fundadas en supuestas contradicciones entre normativa de fondo nacional y la normativa provincial (sic). El artículo 31 de la Constitución Nacional dispone: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859 . El orden jerárquico de la normas es muy claro. Constitución Nacional y Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad), las leyes nacionales que en su consecuencia se dicten. La legislación provincial (esto incluye a las Constituciones Provinciales como bien señala la norma) deben adecuarse a ellas. Aún así, la actora, en su reiterada actitud de desconocer el derecho vigente en nuestro país, propone entre el articulado que trae a consideración para las cuestiones de constitucionalidad que se ventilan en esta causa ciertos artículos de normas Provinciales, como la Constitución Provincial que, aún cuando proteja el derecho a la vida desde la concepción, nada dice respecto de los abortos no punibles y aún así prima la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos ya referidos. Primero, porque esta norma inferior jerárquicamente a las leyes nacionales y de las convenciones y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y de la Constitución Nacional en la jerarquía establecida por la Carta Magna (art. 31 de la CN). Segundo, porque los derechos establecidos en las Constituciones Provinciales deben adecuarse a lo establecido en la Constitución Nacional (art. 5 de la CN) y no pueden tener derechos más restrictivos. Pretender que en Córdoba, por imperio del articulado de la Constitución Provincial, no rigen los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad o la legislación de fondo nacional, es violatorio del régimen de gobierno federal. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 121 de la CN las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación . Y entre esos poderes delegados está el dictado de la legislación de fondo, o sea, el Código Penal. Y el Código

Penal regula los delitos y las penas de acuerdo con el régimen constitucional y convencional de la Nación Argentina, no de la legislación de cada provincia. Y para cerrar el festival normativo que en cualquier momento incluye una ordenanza municipal, traen a colación el artículo 7 inc. d) de la ley 6222 del año 1978 dictada en reconocimiento de las facultades legislativas otorgadas a la Junta Militar. Esta ley provincial de ejercicio de las profesiones vinculadas con la salud humana en el ámbito provincial, en el artículo citado dispone que está prohibido a los profesionales colaborar con la interrupción de la gestación. A esta ley le caben las mismas consideraciones del párrafo anterior pero, además, su incompatibilidad directa con el articulado del Código Penal, que establece dos causales en las que sí se puede interrumpir el embarazo y en las que el único profesional autorizado es el médico (art. 86 del Código Penal). Es decir que, además de ser inferior jerárquicamente a los tratados y convenciones de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y al Código Penal, es una ley aprobada en plena época de la dictadura militar, que en su texto dice acordar con los objetivos de Organización Nacional del Gobierno de facto<sup>20</sup>. En síntesis, la actora reconoce la legislación de la época de la dictadura militar y desconoce la restante legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos e incluso la propia Carta Magna.

Desconoce que el aborto inseguro es una cuestión de salud pública ya que se encuentra entre las principales causas de mortalidad materna - Consecuencias de la Suspensión de la guía de atención de abortos no punibles. Se desprende de las consideraciones precedentes que el aborto no punible es una conducta que está permitida por la ley vigente (el Código Penal) y es plenamente constitucional, pues se ha visto reforzado por la incorporación de los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos en la reforma de 1994 y que fueron mencionados precedentemente. Los casos de aborto no punible que se practican en la clandestinidad y en condiciones inseguras provocando la muerte y la afectación de la salud de las mujeres SE CONFORMAN COMO UN GRAVE PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA y es por ello que el Estado debe intervenir con políticas públicas (como las Guías/Protocolos de atención). La tasa de mortalidad materna informada por el Ministerio de Salud para el año 2010 fue de 331 mujeres, es decir, 331 mujeres perdieron la vida ese año, manteniéndose muy por encima de los de otros países Latinoamericanos, como Chile y Uruguay. Esta tasa aún se mantiene muy lejos de la meta 5a de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que establece llegar al 2015 con una tasa de mortalidad por gestación de 13 por 100 mil nacimientos vivos. Los abortos practicados de manera insegura causaron el 20,5% de las muertes maternas según el boletín informativo del Ministerio de Salud de 2010. Considerando las estadísticas oficiales, el número de mujeres fallecidas por abortos inseguros en el quinquenio 2006-2010 asciende a 384, lo que implica un promedio de 77 mujeres fallecidas por esta causa. Desde hace 20 años el aborto inseguro es la primera causa directa de mortalidad materna y representa un cuarto de estas muertes que se registran, mayoritariamente, en mujeres de escasos recursos y muy jóvenes. En los hospitales públicos de todo el país se registran casi 60.000 internaciones por abortos inseguros al año. Del total, alrededor del 15% corresponden a adolescentes y niñas menores de 20 años, y alrededor del 50% a mujeres de entre 20 y 29 años. En la última década, la mortalidad por aborto aumentó en las mujeres menores de 15 años, y las mujeres muertas por abortos fueron más jóvenes que quienes fallecieron por otras causas vinculadas a la maternidad. La suspensión de la Guía NO garantiza que los abortos no punibles no se practiquen, sólo conduce a las mujeres a la clandestinidad y a practicarse abortos en condiciones inseguras para su salud y su vida. En una clara actitud 'antiderecho' la actora se empeña en judicializar toda la legislación que representa un avance en materia de derechos

de las mujeres y que particularmente protegen la salud y la vida de las mujeres. Baste con recordar que esta Asociación también judicializó el Programa Nacional de Salud Sexual para impedir que se distribuyeran anticonceptivos en los hospitales públicos, en una clara actitud que se opone a los derechos fundamentales de las mujeres a acceder a métodos de control de la natalidad. La suspensión de la Guía pone a la mujer en la situación de elegir entre un embarazo que pone en riesgo su vida o su salud o que es producto de una violación (embarazo forzado) o la cárcel. La mujer queda desprovista de opciones en el circuito legal en el marco de conductas permitidas por la ley y es conducida a la clandestinidad, la ilegalidad y a poner en riesgo su vida y su salud. -

Desconoce que la declaración jurada es el único instrumento compatible con la legislación nacional e internacional porque desconoce el Código Penal y el funcionamiento de las instancias punitivas del Estado. La constitucionalidad de la declaración jurada para acceder al aborto no punible del art. 86 inc. 2. El achaque de inconstitucionalidad de la actora a la Guía de Procedimientos dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia y en la medida cautelar solicitada a S.S, se sugiere que la firma de una declaración jurada no es suficiente para acceder al aborto no punible del art. 86 inc. 2, y que habría una privación arbitraria del derecho a la vida. La declaración jurada es la única forma de acceder al aborto no punible del art. 86 inc. 2 que está permitida constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos. El art. 86 inc. 1 y 2 es una norma que autoriza expresamente una conducta ante la prohibición general del aborto anotada en el art. 85 y dentro del mismo art. 86 primera parte. No es una excusa absolutoria, no hay tipicidad, por lo tanto no se debe resolver en juicio penal si la mujer y/o el médico son absueltos por la norma del 86 inc. 1 y 2. Al haber una acción autorizada expresamente, significa que está permitida en sentido fuerte. Como el aborto no punible practicado en condiciones inseguras, además, se conforma como una de las principales causales de muerte materna y, por lo tanto, como una cuestión de salud pública, el Estado se configura como el garante para el acceso a ese derecho de las mujeres inmersas en la situación del art. 86 inc. 1 y 2 en virtud de las obligaciones asumidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por otra parte, el art. 86 inc. 1 y 2 se basta a sí mismo, es decir no necesitan de reglamentación para poder ejercer el derecho contenido en ellos ya que todos los requisitos que se necesitan para su aplicación están contenidos en el mismo artículo, y por ello, las Guías de procedimientos para garantizar el aborto no punible no reglamentan dicho artículo, sino que éstas guías permiten garantizar una norma operativa que rige desde 1921 y garantizan un procedimiento claro y preciso para que las mujeres no se vean frustradas a la hora de acceder a un aborto no punible, y no tengan que acudir al sistema clandestino de abortos o continuar con un embarazo que se configura en trato cruel, inhumano y degradante. Las dificultades que tiene la aplicación de esta norma saltan a la luz en los presentes autos, donde las barreras impuestas por organizaciones autodefinidas como pro vida y decisiones judiciales van configurando un vallado para el acceso al derecho del aborto no punible, aún con un reciente fallo de la Corte Suprema y todos los informes/observaciones de los organismos de derechos humanos que se acercan a S.S. Ningún organismo judicial o administrativo puede obligar a una mujer víctima de violación a realizar una denuncia para acceder al aborto no punible por dos principales razones: La primera es porque los delitos que atentan contra la integridad sexual de las personas dependen de instancia privada (art. 72 del Código Penal). La finalidad de ello es que las víctimas de violencia sexual, al tener en sus cuerpos las pruebas del delito, no se las puede obligar a que se sometan a una investigación penal y a un juicio oral contra su agresor, sin que su libertad, dignidad,

intimidad e integridad queden completamente avasalladas. Esto significa que es una elección personalísima y que ningún poder estatal bajo ninguna justificación puede doblegar, de lo contrario se trataría a las víctimas de violencia sexual y con un embarazo producto de ese ataque, como un objeto, se las trataría utilitariamente, no como un fin en sí mismas contrariando el art. 19 de la Constitución Nacional. Por otra parte, implica confundir gravemente abuso sexual y el aborto. La persecución del abusador no se ve afectada por el la práctica del aborto, ya que no se pierden las pruebas del delito.

Por lo tanto, exigir una denuncia penal o cualquier otro trámite administrativo que busque acreditar el delito de violación para acceder al aborto no punible, es un acto de violencia institucional en los términos del art. 3 y 6 de la ley 26.485 y puede generar responsabilidad internacional al Estado Argentino. La segunda razón se relaciona con los requisitos exigibles para acceder al aborto no punible, y la Corte ya ha dicho que se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que soy ley suprema de la Nación . En el considerando 20 del mismo fallo la Corte Suprema agrega que ... por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que 'ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe . Como conclusión de esta segunda razón, la Corte Suprema ha dicho que si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico . Y continúa diciendo en el Considerando 24 que Hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial... intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido .

Desconoce la forma en que se interpretan los tratados de derechos humanos. Otra cuestión sumamente importante para destacar es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (24 de noviembre de 2006, punto 128) y ratifica esta posición en Raxcacó Reyes vs. Guatemala (9 de Mayo de 2008, pto. 63), entre otros fallos, tiene dicho que: Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales

de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones . La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile* del 26 de septiembre de 2006 en el considerando 125 que ... esta Corte ha establecido que 'según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'. Esta regla ha sido codificada en el artículo 2-7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 . Esta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos significa que los jueces nacionales de los Estados partes deben hacer el control de convencionalidad con la jurisprudencia de la misma Corte que ha dictado para otros países, y con los pronunciamientos que hace la Comisión Interamericana sobre cómo se deben interpretar los artículos de la Convención. Sagüés opina que La directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas . Por lo que S.S. no puede obviar el caso *Baby Boy* y lo que la Comisión Interamericana tiene dicho sobre el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia ya sentada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hay que resaltar también que en el Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141º Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 1 de abril de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en lo referente a los derechos de las mujeres que: Por otra parte, las organizaciones informaron a la CIDH sobre las consecuencias e impacto de leyes restrictivas sobre la interrupción legal del embarazo, incluyendo la práctica de abortos en condiciones inseguras y la morbi-morbilidad materna; problemáticas que afectan de manera especial a las niñas y mujeres jóvenes pobres, de bajo nivel educativo, y que habitan en zonas rurales. Las organizaciones asimismo presentaron información sobre casos individuales de mujeres que al acudir a servicios de salud para recibir servicios obstétricos por partos prematuros, fueron denunciadas por el delito de aborto u homicidio por parentesco y condenadas a prisión. Al respecto, la CIDH reitera que la salud reproductiva de las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y los programas de salud nacional y local en las esferas de prevención y protección. Esto conlleva el deber de analizar de forma pormenorizada todas las leyes, normas, prácticas, y políticas públicas que en su texto o en la práctica puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su acceso a servicios de salud reproductiva, y prevenir las consecuencias negativas que estas medidas pudieran tener en el ejercicio de sus derechos humanos en general. Los Estados están igualmente obligados a eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios. La CIDH asimismo recuerda a los Estados que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres.-

Desconoce el valor jurídico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación forma parte de estas medidas que el Estado argentino debe tomar para dar cumplimiento a su obligación en el caso *L.M.R* ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en que tiene un plazo de 180 días (ya vencido y en el que se ha solicitado extensión del plazo por parte del Estado argentino)

para tomar medidas que eviten que las violaciones allí puestas en tela de juicio se repitan, y por ello contiene una exhortación que se dirige por un lado a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por otro lado, al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles. Una exhortación no es una obligación, sería contradictorio sostener dicho extremo. Una exhortación es una advertencia o aviso con que se intenta persuadir (según el Diccionario de la Real Academia Española). Justamente la Corte exhorta porque no puede obligar a los poderes provinciales, organismos competentes y jueces debido a la división de poderes que reina en nuestro país y por nuestro sistema federal, a que tomen las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto no punible en los casos legislados en el art. 86 inc. 1 y 2, y que garanticen el acceso a dicha práctica, ya que las barreras que existen actualmente se constituirán en nuevas causales que terminarán por responsabilizar al Estado Nacional ante los organismos de derechos humanos. Esta exhortación no se la puede considerar aisladamente del pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos en L.M.R. , así como de las observaciones finales de este mismo comité con respecto a Argentina (CCPR/C/ARGICO/4 del 22/03/2010) en el que ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal, y como observación general a los países sostuvo que se debe permitir el aborto para casos de embarazos que son la consecuencia de una violación. Tampoco se puede dejar de lado las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño para nuestro país. La Corte Suprema remarca insistentemente la necesidad de dictar el fallo FAL., medida autosatisfactiva en los términos en que lo hace, es decir cuando el aborto ya se había hecho, justamente con vistas a la seguridad jurídica en estos casos y la responsabilidad internacional inminente del Estado Nacional si se continúa persistiendo en una interpretación restringida del art. 86 inc. 1 y 2, así como la imposición de barreras para el acceso al aborto no punible por parte de jueces, médicos y autoridades provinciales. Por estas razones, y en la inteligencia del fallo reciente de la Corte Suprema, S.S. con la medida cautelar dictada está incurriendo en las mismas actitudes que la Corte busca desterrar para que Argentina no incurra nuevamente en responsabilidad internacional, como ya lo hizo con L.M.R. y lo puede hacer nuevamente con el caso de Ana María Acevedo en Santa Fé<sup>29</sup>.

Atentado contra la institucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el sistema de Derechos Humanos. El caso de la joven santafesina Ana María Acevedo es emblemático. Tenía 19 años cuando le diagnosticaron cáncer en la mandíbula. Poco después se supo que estaba embarazada. Tenía tres hijos y era muy pobre. Aunque en la Argentina no es punible el aborto cuando peligra la vida o la salud de la mujer, médicos del Hospital Iturraspe, dependiente del gobierno provincial, se rehusaron a practicarle una interrupción de embarazo, como ella solicitó. Y también se negaron a iniciarle el tratamiento que requería su cuadro, para preservar la vida del feto. Ana María tenía fuertes dolores. El 26 de abril de 2007, cuando cumple 22 semanas de gestación, los médicos decidieron adelantar el parto y realizarle una cesárea, a raíz del dramático estado de salud de la mujer. La beba murió a las 24 horas. Después de un rápido deterioro de salud, Ana María falleció el 17 de mayo de 2007. La causa judicial por su muerte la llevan adelante abogadas de la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe. Por primera vez en el país, se procesó a los médicos involucrados por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público, sentando el precedente de que no practicar un aborto legal puede constituirse en delito. La resolución nominada al concurso de mejores decisiones judiciales es del juez Eduardo Pocoví. Los

procesados son el ex director del Iturraspe, Andrés Ellena, y los jefes de los servicios de Oncología, César Blajman, y de Ginecología, Raúl Alejandro Musacchio, por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y lesiones graves culposas en concurso real; mientras que los médicos Jorge Venanzi, oncólogo radiólogo del mismo hospital; Sandra Barbieri, directora del hospital Samco de la localidad santafesina de Vera, y José Manuel García, presidente del Concejo de Administración de ese centro de salud, lo están por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público. Las decisiones de los tribunales y con mayor razón cuando son de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sientan jurisprudencia, es decir que se vuelven fuente de derecho. En este último caso en particular, tiene dicho la CSJN que sus sentencias deben ser respetadas, a más que los jueces inferiores no pueden salvo que den razones justificatorias- dejar de seguir la jurisprudencia por ella sentada. La Corte Suprema es también la intérprete final de todo el derecho argentino, es decir que su interpretación es la final y que los jueces inferiores sólo se pueden apartar de esa interpretación dando fundamentos suficientes de su decisión y argumentos decisivos que los autoricen a separarse de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema. En el caso que nos presenta S.S., estas posibilidades de apartamiento fundadas en derecho y no en peticiones alocadas de una Asociación Civil que persiste en atentar los derechos de las mujeres, son limitadísimas por no decir inexistentes. Repasa la jurisprudencia de la CSJN sobre el punto. Desoír estos pronunciamientos de la Corte Suprema y el precedente más reciente en la materia que nos trae a estos estrados, es un atentado al orden institucional porque desconoce las funciones de la Corte Suprema como intérprete final de nuestro derecho interno y como máximo intérprete constitucional, también decide hacer caso omiso a las directivas de los organismos de derechos humanos y pone al Estado Nacional en una difícil situación de incumplir los tratados de derechos humanos sin justificación y con una decidida mala fe, desconociendo sistemáticamente los derechos de las mujeres. No se puede desconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, mucho menos cuando es de aplicación directa a los extremos que se plantean en el presente caso y esta se adecua, a diferencia del antecedente Portal de Belén del año 2002, a los tratados de derechos humanos.

Formula reserva del Caso Federal. Pide el rechazo de la demanda.

63.- El día 01/08/2012 (fs. 631/632), la Dra. DEZA aclara los términos de su presentación.

64.- El día 01/08/2012 (fs. 633), el Tribunal provee en los siguientes términos: Córdoba, primero (1) de agosto de 2012. Incorpórese para agregar. A fs.615/630: Téngase por evacuado el traslado. A fs.631/632: Téngase presente lo manifestado y aclaración formulada. En su mérito téngase a la compareciente a fs. 556/578: Por presentada, por parte en el carácter invocado y por constituido domicilio (fs. 631). Por aplicación analógica de la Acordada 28/2004 (Amicus curiae) dictada por la C.S.J.N. téngase presente la actividad de alegación desarrollada. No obstante ello hágase saber que la participación procesal de los comparecientes en la calidad aludida no implica participación alguna dentro de la relación jurídica procesal. Repárese que no revisten calidad de parte y por ende su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal. Atento constancias de autos, corresponde pasar al siguiente estadio procesal. En su mérito, Autos a los fines de resolver. Notifíquese al Asesor letrado y Fiscal Civil intervinientes y a las partes (Portal de Belén, Superior Gobierno de la Provincia y Asociación Civil por el Derecho a decidir) .

65.- El día 02/08/2012 (fs. 633) se notifica del decreto de autos la Sra. Fiscal Civil. El Tribunal la tiene por notificada mediante decreto del 03/08/2012 (fs. 633 vta).

66.- El día 03/08/2012 comparece CRISÁLIDA BIBLIOTECA POPULAR, solicitando participación como Amicus Curiae. Asimismo la Dra. MILISENDA solicita se genere boleta de aportes (fs. 634/641).-

67.- El día 03/08/2012 (fs. 642), el Tribunal provee en los siguientes términos: Córdoba, tres (3) de agosto de 2012. Incorpórese para agregar. A fs. 634: Proceda por autogestión. A fs. 635/640: Conforme lo dispuesto por el art. 35 del Código Civil: a la participación en la forma peticionada, no ha lugar .-

68.- El día 03/08/2012 se notifica del decreto de autos la Sra. Asesora letrada (fs. 643). El tribunal la tiene por notificada mediante decreto del 03/08/2012 (fs. 643 vta.).-

69.- El día 09/08/2012 la Dra. MILISENDA adjunta boleta de aportes (fs. 644/645), la que el Tribunal tiene por agregada mediante decreto del 09/08/2012 (fs. 645 vta.).-

70.- Acto seguido, con fecha 09/08/2012 (fs. 646/649), se incorpora a la causa el Auto N° 211 del 08/08/2012, dictado por el Tribunal Superior de Justicia, en el que se resuelve: Acordar una prórroga extraordinaria por el plazo de diez días, a contar desde el momento en que las actuaciones pasen a despacho para el dictado de la resolución por parte del Señor Juez de Primera Instancia y 30° Nom. C. y C. de esta Ciudad en las presentes actuaciones, ello en razón de la solicitud efectuada por el suscripto con fecha 31/07/2012.

71.- Con fecha 09/08/2012 (fs. 650), se dicta la siguiente resolución: Córdoba, nueve (9) de agosto de 2012. Agréguese. Hágase saber a las partes que mediante Auto Interlocutorio N° 211 de fecha 08/08/2012 cuya copia se adjunta, el Excmo. T.S.J. ha acordado al suscripto una prórroga extraordinaria por el plazo de diez días a contar desde el momento en que las presentes actuaciones pasen a despacho a los fines de dictar resolución. Notifíquese de oficio juntamente con el decreto de fecha 01/08/2012 .-

72.- Se libran de oficio las cédulas de notificación de este último decreto (fs. 651/653).-

73.- Con fecha 10/08/2012 se notifica a la Sra. Fiscal Civil el decreto de fs. 650 (fs. 654). El Tribunal la tiene por notificada mediante decreto del 10/08/2012 (fs. 654 vta.).

74.- Con fecha 10/08/2012 se notifica a la Sra. Asesora Letrada el decreto de fs. 650 (fs. 654 vta.) El Tribunal la tiene por notificada mediante decreto del 10/08/2012 (fs. 655).-

75.- Adjuntadas las cédulas de notificación del decreto de autos del 01/08/2012 y del decreto del 09/08/2012 (remitidas de oficio el 10/08/2012, y diligenciadas el 13/08/2012 - fs. 656/658), firme el proveído), firmes los decretos aludidos, y cumplimentados los demás trámites de ley, la causa queda en estado de ser resuelta con fecha 17/08/2012 (fs. 659).

#### Y CONSIDERANDO:

1.- LA LITIS. PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO. Señala que viene a promover ACCIÓN DE AMPARO en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y los arts. 48 y 53 de la Constitución de la Provincia de Córdoba; y la ley provincial de amparo, aplicable en tanto no se oponga a las disposiciones de las normas constitucionales mencionadas, en contra del ESTADO PROVINCIAL. Ello a fin de que -previo los trámites de ley-, se declare la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia,

de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 . Posteriormente amplía la demanda, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Cód. Penal en todas sus partes. Solicita la admisión de la demanda en todas sus partes, con costas en caso de oposición.

La demandada PROVINCIA DE CÓRDOBA solicita el rechazo de la acción de amparo en todas sus partes, con costas.-

La Sra. FISCAL CIVIL Y COMERCIAL DE 2° NOMINACIÓN se expide por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad.-

La Sra. ASESORA LETRADA DEL 9° TURNO señala que no debió darse trámite al planteo de inconstitucionalidad del art. 86 del Cód. Penal, y se pronuncia por la Inconstitucionalidad de la Resolución impugnada por la parte actora.-

La ASOCIACION CIVIL POR EL DERECHO A DECIDIR comparece a la causa y solicita ser tenida como tercera coadyuvante, en los términos de los artículos 431 y 432 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Otorgada la participación en tal carácter, al evacuar el traslado de la demanda solicita su rechazo, con costas.-

Comparecen a la causa las Personas Físicas y Jurídicas referidas en los Vistos del presente, en calidad de AMICUS CURIAE, solicitando participación y manifestando su opinión (en tal carácter) sobre la cuestión debatida en la causa. El Tribunal les otorga participación por aplicación analógica de la Acordada 28/2004 (Amicus curiae) dictada por la CSJN, disponiendo tener presente la actividad de alegación desarrollada. No obstante ello se hace saber que la participación procesal de tales comparecientes en la calidad aludida no implica participación alguna dentro de la relación jurídica- procesal, no revistiendo calidad de parte y por ende su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal.

Todo ello en virtud de los hechos invocados y argumentos vertidos por los diversos intervinientes en esta causa, en sus respectivos escritos, transcriptos en los Vistos del presente, a los que remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En tales términos queda trabada esta litis.-

2.- CUESTIONES A RESOLVER. En este caso de dificultosa tramitación (de lo que da cuenta el relato efectuado en los Vistos del presente), y cuyo impulso procesal está a cargo de las partes, en razón del Principio Dispositivo que impera en el Proceso Civil, las partes han planteado la discusión sobre varios puntos, algunos vinculados a la acción de amparo, su legitimación, condiciones de procedencia etc.; y otros de tipo sustancial, esto es, la cuestión de fondo que aquí se debate. Los Amici Curiae centran sus observaciones en esta última. -

A renglón seguido analizaré tales tópicos, de acuerdo a los términos en que se ha trabado la litis en esta causa, comenzando por una cuestión de método- en los aspectos vinculados a la acción de amparo (en que se ha trabado la litis) para luego, en su caso, ingresar a las cuestiones de fondo.

3.- LA LEGITIMACIÓN DEL ACCIONANTE. La PROVINCIA DE CÓRDOBA cuestiona la legitimación de la actora PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO. -

a.- Indica en prieta síntesis- que no puede la actora irrogarse la representación de todas las personas por nacer de esta Provincia, desde que no media acto alguno que justifique su designación como tal. Que en el Estatuto del Portal de Belén , se determinan como fines de esta institución 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 . Podrá observarse que la acción intentada evidentemente no deriva de este objeto social, desde que al momento de intentarse obligar a la madre a concebir el fruto de una violación, no hay libertad. Que otro objetivo de la Asociación es Ayudar, apoyar y brindar asistencia integral a mamás solas en situación de conflicto a fin de que consoliden la relación con sus hijos . Nada dice este estatuto de que tales hijos sean producto de una violación, y no puede entenderse esto como situación de conflicto , ya que tal denominación aparece como extensiva a situaciones no determinadas y libradas a la imaginación. La extensión y amplitud de los objetivos de la asociación, como así también la inexactitud de los mismos, pueden hacer que sus titulares se crean con derecho a interponer acciones que corresponden a individuos particulares. No los tienen. Es decir, la amplitud de objetivos contemplados en su estatuto fundacional no les autoriza a arrogarse la representación del común de la población, ni de un sector determinado de la misma, sino en todo caso, y en forma exclusiva, de sus integrantes, afiliados, asociados o adherentes, pero no de todo el colectivo humano, o parte del mismo, que habita en la jurisdicción provincial. Si se observa el acta de fs. 9, La Sra. Zulma Corini, y la Sra. Miriam Garcia, ambas de sexo femenino y de edad avanzada, no están presumiblemente en condiciones de procrear, y el resto de los integrantes son de sexo masculino (Dres. Scala y Agrelo), por lo que difícilmente pueda tenérselos como parte activa en un litigio que pretende impedir la vigencia de un protocolo del Ministerio de Salud tendiente a regular el aborto no punible, definitivamente no puede atribuírseles algún tipo de representación del colectivo mujeres embarazadas por violación . Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. Que el colectivo Portal de Belén , carece de legitimación para accionar por quienes pretende hacerlo. No puede representar derechos individuales sin facultades delegadas por sus titulares, ni arrogarse derechos que no le han sido cedidos. Definitivamente, no pueden estar en juicio para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 93/12 ni del art. 86 C.P.N.-

b.- Como primera medida, cabe señalar que quien acciona es una persona jurídica (una Asociación Civil sin Fines de Lucro), y no las personas físicas que la representan o la integran, como lo sugiere la demandada.-

c.- De la lectura del art. 2º de los Estatutos de PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO (fs. 1), surge: Son sus fines en general: la 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. 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. Para ello realizará o promoverá todo tipo de actividades como las siguientes: a) Compra, reparación y mantenimiento de edificios destinados a las actividades propias de la asociación. b) Establecimiento de contactos y colaboración con entidades semejantes, nacionales y extranjeras para organizar actividades en conjunto, ya sea en nuestro país o fuera de él. d) Formar fondos de ayuda para el financiamiento de sus actividades o brindar apoyo a otras personas físicas o jurídicas de bien común que procuren los mismos fines que la asociación. e) Todas las demás actividades lícitas que cooperen o faciliten la consecución de los fines de la asociación .-

Es importante recalcar que con fecha 21 de Julio de 1.995 la ahora demandada, el Gobierno de la Provincia de Córdoba (a través del Ministerio de Gobierno, y la Dirección de Inspección de Sociedades Jurídicas), resolvió APROBAR el Estatuto Social de la entidad denominada PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL , autorizando a la misma a actuar como Persona Jurídica, y ordenando la publicación de tal decisión en el Boletín Oficial, como así también su inscripción en el Registro pertinente (Resolución N° 139/ A /1995 fs. 7).-

No cabe dudar, en mi opinión, que de acuerdo a lo que surge de estas normas del Estatuto, que ha sido aprobado por la autoridad pertinente (y concediéndole, por ende, la correspondiente autorización para funcionar), nos encontramos frente a una persona jurídica que defiende intereses de incidencia colectiva, y de allí la legitimación que se invoca con sustento en el art. 43 de la Constitución Nacional, la que le ha sido concedida en varias causas judiciales (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, Denuncia formulada por Asociación Civil Portal de Belén , 21/12/2010, DFyP 2011, junio, p. 230; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Portal de Belén Asociación Civil c. Provincia de Córdoba , 22/10/2008, LLCba-2009-183; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/03/2002, Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S. , LL-2002-B- 520). Incluso, en otra causa, se resolvió (en referencia a la actora) que la asociación entre cuyas finalidades estatutarias se encuentra la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida y el respeto de la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de la concepción, se encuentra legitimada para interponer acción de amparo contra la resolución ministerial que aprueba la comercialización de un medicamento con características abortivas (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social, 23/05/2000, LLCba-2000-815), en consideraciones que son aplicables mutatis mutandi al caso de autos.

Se ha señalado que el reconocimiento de la legitimación activa en acciones de amparo, impetradas por asociaciones cuya finalidad estatutaria es la defensa al derecho a la vida o la salud, o por terceras personas, a quienes jurídicamente les incumbe la protección de dichos derechos, constituyen novedosas situaciones derivadas de la amplitud que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional , como ocurre sigue diciendo el autor de la cita- con quien en este caso reviste el rol de parte actora (Palacio de Caeiro, Silvia B. Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , Ed. La Ley, Bs. As., 2.011, p.p. 221/222).

En definitiva, el derecho de incidencia colectiva que exclusivamente se invoca en la causa como sustento del pedido de intervención (y, por ende, fundante de su legitimación ad causam), es aquél del que serían titulares las personas por nacer, de cara a lo establecido en

la normativa que se impugna; y que, por las funciones, objeto y finalidades de la ASOCIACIÓN CIVIL PORTAL DE BELÉN, la misma se encuentra habilitada a defender.-

4.- LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO. RECHAZO DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDADA. La accionada postula que no se verifican en el caso de autos algunos de los requisitos de procedencia de la acción de amparo.-

Cabe recordar que en el art. 1 de la Ley 4915 se dispone: La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares -ya sea que actúen individual o colectivamente y como personas físicas o jurídicas- que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidas y acordadas por las constituciones de la Nación y de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el Hábeas Corpus. Asimismo, y en lo que aquí interesa, en el art. 2 se establece: la acción de amparo no será admisible cuando: a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata; b) el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley N° 16.970... d) la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas... -

Entiendo que la posición que sustenta no es de recibo. Doy razones.

a.- La cuestión de la ilegalidad manifiesta. -

1.- Indica la demandada que la resolución 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia no constituye un acto de ilegalidad manifiesta. Cita jurisprudencia en su apoyo, agregando que el acto administrativo no es ilegal, desde que se dicta en expresa concordancia con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Que no tiene vicios en su legitimidad externa, ya sea por incompetencia de objeto, territorio, tiempo y grado, por vicio de forma (motivación insuficiente, o posterior al acto, etc.), no hay vicio de procedimiento al haberse dictado el acto, etc. Tampoco hay vicios en su legitimidad interna, ya que no hay vicio en el objeto. Que las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia tenidos en cuenta para la emisión del acto discrecional, no pueden ser revisadas judicialmente. En el caso, menos aún cuando estos actos administrativos, derivan en forma directa e inmediata de una exhortación realizada por la Suprema Corte, al aventar cualquier duda que pudiera existir con respecto a la práctica del aborto no punible en la República Argentina. -

2.- En el art. 1 de la Ley 4915 se hace referencia de manera exclusiva a la ilegalidad manifiesta; en la Constitución de la Provincia de Córdoba (art. 48), a arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; en tanto que en la Constitución Nacional (art. 43) también se alude a arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. -

La Ilegalidad es sinónimo de antijuridicidad o ilicitud. Esto es, a la vulneración del ordenamiento jurídico, concebido éste como un todo unitario y coherente, mediante el acto que se cuestiona; y cualquiera sea la norma jurídica violada. La Arbitrariedad suele definirse como lo irrazonable, lo antojadizo o caprichoso. Rivas apunta que, en realidad, esta última sería sólo una manifestación de la ilegalidad, ya que como la administración opera con subordinación a la ley, o por lo menos a normas generales, no se agota en el campo del derecho positivo, de modo que involucra también los derechos implícitos o no enunciados (art. 33), el ámbito de libertad, que es generador de orden jurídico (art. 19), principios

generales de derecho o derecho natural, costumbres con trascendencia jurídica, equidad, en fin, toda fuente, medio o forma de la cual se pueden generar extraer directrices de derecho (Rivas, Adolfo Armando. El Amparo , Ed. La Rocca, 3° edición, Bs. As., 2.003, p. 227).-

Sea cual sea la postura que se asuma sobre el particular, lo cierto es que en la totalidad de las normas que regulan la cuestión se exige, además, que la arbitrariedad o ilegalidad sean manifiestas.

3.- Si bien el Alto Cuerpo parece enrolarse en una posición restrictiva, en orden a que este requisito debería surgir al interponerse la acción de amparo, Hiruela de Fernández, en posición que comparto, sostiene claramente que no resulta presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo que la arbitrariedad o ilegalidad sobresalga o se manifieste ab initio sino que sólo es dable exigir que la ilegitimidad se asome con visos de verosimilitud, de forma tal que pueda ser confirmada o corroborada con la prueba cuya producción se efectúe, dentro de los plazos legales previstos sin deterioro de la celeridad o sumariedad del proceso (Hiruela de Fernández, María del Pilar. El Amparo en la Provincia de Córdoba , Ed. Alveroni, Córdoba, 2.002, p. 93).

4.- En el caso, tal solución se ve robustecida por dos razones.-

La primera es que se ha planteado la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. -

La segunda es la advertida por la Sra. Asesora Letrada: la resolución impugnada dice- es inconstitucional ya que establece en sus Vistos que la normativa aplicable al objeto de la Resolución es: (...) la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional, el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación, Leyes Nacionales N° 26.061, N° 26.130; y N° 26.529; la Constitución de la Provincia de Córdoba; Leyes Provinciales N° 6.222, N° 8.835, N° 9.133; N° 9.344 y N° 10.029; Resoluciones del Ministerio de Salud de la Provincia N° 1752/02 y N° 45/07. Y agrega que lo enunciado en los Vistos de dicha resolución no encuentra su correlato ni en los considerandos ni en el resuelvo de la Resolución ministerial, violentando la estructura lógica de ésta y la jerarquía normativa establecida por la Constitución Provincial. Entiende que el problema es determinar si la Resolución del Ministerio de Salud N° 93/12 se adecua o no a nuestra jerarquía normativa en su totalidad, pronunciándose por la negativa.

5.- En este marco, no es razonable cerrar la posibilidad de ventilar la cuestión con sustento en el requisito apuntado, a priori, máxime cuando (como se analiza más adelante) la cuestión que aquí se debate es objeto de una profunda controversia, motivada por la existencia de criterios hermenéuticos diferentes en relación a las mismas normas, en posiciones en muchos casos inconciliables, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. El tenor de las presentaciones efectuadas en esta causa es una prueba incontrastable de lo señalado.-

b.- La cuestión de la lesión, amenaza o restricción a derechos constitucionales. Igual suerte debe correr el planteo de la parte demandada sobre este punto, cuando señala que en el caso de autos no hay lesión, restricción ni amenaza alguna a derechos constitucionales. Es que si se parte de la circunstancia (que si bien se encuentra discutida en las diversas presentaciones efectuadas en la causa, pero no por las partes) de que el aborto no punible (el que se discute en autos) constituye una excepción a la regla de la punibilidad, derivada del reconocimiento de personalidad a la persona por nacer, y desde la concepción (más allá de cuál sea el concepto que se le asigne a tal vocablo, que no es una cuestión que se debate en la causa, ya que lo que está aquí en discusión es la vinculada al aborto no punible del art. 86 del Cód.

Penal), no cabe sino concluir que el derecho a la vida de la persona por nacer entra en colisión con el derecho a solicitar la práctica del aborto no punible, constituyendo en definitiva- una limitación al primero, en razón del conflicto de intereses jurídico; y que en su solución es interpretado de manera opuesta por las partes. Se trata, en definitiva, del conflicto de derechos del más alto valor, y todos con expreso reconocimiento por nuestra Carta Magna.-

c.- La cuestión vinculada al origen de la norma impugnada. Señala la demandada que el acto emana derivado de una sentencia de la Corte Suprema, por lo que está comprendido en el inc. b) ley 4915. Al respecto cabe señalar que el caso de autos no se encuentra emplazado en dicha norma, desde que no se trata aquí (sin perjuicio de las objeciones que se formulan) de un ataque directo a la Sentencia de la CSJN o de una sentencia dictada en un caso concreto, para los cuales en su caso- existen las vías impugnativas que el ordenamiento establece (incluso las internacionales), sino que lo que se ataca es una Resolución Ministerial que encuentra su fundamento en lo resuelto por la CSJN en un caso en el que la Provincia no fue parte. Por tal razón, el argumento debe ser desestimado.-

d.- La cuestión vinculada a la mayor necesidad de debate y prueba, y la excepcionalidad de la acción. -

1.- Señala la demandada que si acaso quisiera el suscripto adentrarse en una cuestión científica, sobre que implica concepción y como los tratados internacionales protegen la vida, cuales son los bienes jurídicos tutelados por las convenciones internacionales, cuales las Comisiones de control y que dictámenes han realizado, ello es una cuestión que excede el marco de una acción de amparo, ya que requiere de una mayor actividad probatoria, lo que se encuentra vedado en una acción de características procesales como la que nos ocupa, donde por otro lado, los actores no han ofrecido mayor prueba que documentos generados por ellos mismos. Que estamos ante la situación contemplada en el art. 2, inc d) ya que, como lo plantea la parte actora, la cuestión requiere muchísima más prueba que la ofrecida, consistente exclusivamente en documental, creada por la misma parte actora. Para satisfacer lo pretendido por la actora, la actividad probatoria debería ser mucho mayor, lo que excede el marco restrictivo de la acción de amparo. Sin embargo, en el mismo escrito indica que resalta que los accionantes han ofrecido exclusivamente prueba documental, por lo que la cuestión a resolver por V.S. se torna de puro derecho, lo que definitivamente va a facilitar la labor del suscripto para resolver la presente acción constitucional, respetando los plazos que la ley le impone. No debe V.S. abrir a prueba la causa, y debe resolver en tres días, lo que solicita provea de manera urgente una vez incorporado el informe. -

2.- Como lo he señalado más arriba, no se ha planteado aquí una cuestión vinculada al concepto de concepción, sino otra diferente: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas (la Resolución Ministerial, y el art. 86 del Cód. Penal). Esta circunstancia lleva a concluir que no es de recibo el planteo, ya que se orienta en un sentido diferente al pretendido por la demandada en este punto.

3.- Por otra parte, se indica que la acción de amparo no sería la vía adecuada para ventilar el diferendo planteado, por su excepcionalidad.

No desconozco la profunda discusión que existe sobre la cuestión de la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de amparo, y la posición que asume inveteradamente el Alto Cuerpo al respecto, señalando que la acción de amparo no tiene por finalidad facultar a los jueces a sustituir los trámites y procesos ordinarios. Entiendo, sin embargo, que la situación

no puede resolverse bajo premisas rígidas, inflexibles, o interpretaciones que no se atengan a las concretas circunstancias de personas, tiempo y lugar; es decir, con razonabilidad. Es evidente que la acción de amparo reforzada en sus finalidades por la reforma del art. 43 de la C.N.- pretende impedir que los Derechos Fundamentales se vean conculcados, si es que los caminos procesales y administrativos ordinarios implican una dilación en el tiempo que produciría graves daños, irreparables. Desde tal óptica, a mi entender la subsidiariedad postulada se mantiene como regla, salvo que situaciones atendibles y razonables impongan prescindir de ellos, para lograr la tutela efectiva de los derechos que se invocan.-

En el caso de autos es de toda evidencia que el alto valor de los derechos en conflicto (los invocados por ambas partes), imponen la admisión de la acción, y no su rechazo por esta circunstancia. Autorizada doctrina señala que así como la lesión en todas sus formas ha de ser actual, la amenaza también; es decir se trate de una amenaza próxima, inminente, de modo de poderse producir no en un futuro más o menos lejano, sino de inmediato, a punto de suceder (Rivas, Adolfo Armando. *El Amparo*, Ed. La Rocca, 3° edición, Bs. As., 2.003, p. 353). Sin perjuicio de lo que se resuelva aquí sobre la cuestión de fondo, lo cierto es que ante la vigencia de la Resolución en cuestión, y por sus efectos, la inminencia en la lesión al derecho que se invoca (en los términos en que ha sido formulada la demanda) justifica la apertura de esta vía.

e.- La cuestión vinculada al compromiso de la prestación de un servicio público. Señala la demandada que la intervención judicial compromete la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado, como lo es la garantía de la salud de la mujer violada. Que la ley de amparo provincial reconoce como impedimento para la procedencia de la acción el hecho de impedirse la prestación por parte del Estado, de un servicio o actividad esencial, lo que se configura en este caso, puesto que de hacerse lugar a lo pretendido por los actores, se impediría al Estado atender los casos de abortos no punibles por tratarse de mujeres que han sido violadas, y desean interrumpir esa gestación producida por un hecho ilícito, en resguardo de su salud.

Si bien no cabe dudar de que la prestación del Servicio de Salud es una de las funciones elementales del Estado, en el caso de autos, ante la trascendencia del planteo, y por la implicancia de los Derechos de Raigambre Constitucional en juego, llego a la conclusión de que esta circunstancia no puede constituirse en un valladar para ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo que aquí se debate. No puede asumirse un criterio restrictivo sobre la cuestión, de cara a los derechos en juego, máxime tratándose de una cuestión que se revela como novedosa y sin precedentes, en función de que se ha generado en el transcurso de este año, y con motivo de la resolución de un caso por la Corte Suprema. Asimismo, calificada doctrina entiende que en razón de la sanción del art. 43 de la Constitución Nacional, que no somete el amparo a las condiciones previstas en la ley 16.986, deben considerarse derogados, entre otros, los aspectos tratados en su art. 2; en particular en lo que se refiere al tema que ahora ocupa nuestra atención (Rivas, cit., pp. 271 y sgtes). Tales razonamientos son aplicables a la Ley 4915, desde que la letra de la ley provincial y nacional, en este punto, son idénticas, y anteriores a la reforma constitucional de 1.994.-

f.- Conclusión preliminar. Por lo expuesto, deben rechazarse los planteos de la demandada en orden a que en el caso de autos no se verifican los requisitos de procedencia de la presente acción, de acuerdo a lo que indica; lo que así decido.

5.- LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA. Tanto la accionada como la Sra. Asesora Letrada cuestionan la ampliación de la demanda formulada a fs. 128 por la parte actora, solicitando además de la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial aludida, pedida en la demanda- la del art. 86 del Cód. Penal. Sin embargo, el decreto de fs. 134/135 quedó firme y consentido, motivo por el cual la cuestión se encuentra sellada, integrando la litis. A ello cabe agregar que contrariamente a lo que sostiene la Sra. Asesora Letrada- el plazo del art. 2 inc. e de la Ley 4.915 no se encontraba vencido, ya que no habían pasado quince días hábiles desde la sanción de la resolución impugnada; y, en último caso, es tal resolución el nudo del problema de autos, aunque se sustente en el art. 86 del Cód. Penal, que conforman en definitiva- un todo inescindible, que en razón del dictado de dicha resolución- conforma el bloque normativo que se impugna. De no haber existido tal resolución, la acción de amparo de autos no hubiera tenido sustento. Asimismo, no existe en la ley 4.915 (ni en la ley nacional, ni en la Const. Nacional) una norma que vede la ampliación de la demanda, máxime cuando no se ha trabado la litis. Por último, la alegada ausencia de fundamentación no es tal, ya que los peticionantes remiten a los argumentos vertidos en la demanda, lo cual permite evitar reiteraciones innecesarias pues, en definitiva, los fundamentos de su pretensión son los mismos para ambos casos, en lo medular. Todo lo señalado me lleva a tener por válida tal ampliación de demanda, y concluir que ese punto también integra el asunto litigioso en la causa.

6.- LAS CUESTIONES A RESOLVER. La parte actora en su demanda-solicita se declare la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 su ampliación, pide también la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Cód. Penal. Ya se ha relatado, extensamente (pues todas las partes y los demás intervinientes lo han puesto de manifiesto) el contenido de dichas normativas, y las divergentes posiciones que se sustentan respecto a ellas. Por una cuestión de método, entiendo que en primer lugar corresponde ingresar al tratamiento del pedido de inconstitucionalidad del art. 86 del Cód. Penal para luego, en su caso, analizar lo relativo a la Resolución Ministerial impugnada.

7.- BASES PARA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. La declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye un acto de suma gravedad, y no debe recurrirse a ella salvo que la contradicción de la norma impugnada con la Carta Magna sea clara, patente y manifiesta. -

Como lo ha señalado el T.S.J., Las leyes deben ser interpretadas a favor de su validez dejando la declaración de inconstitucionalidad como última ratio. Así, un concepto legal debe ser interpretado analizando todo su contexto legal, su espíritu y en especial con relación a las demás normas de igual y superior jerarquía que sobre la materia contenga el ordenamiento jurídico, debiendo estarse preferentemente por su validez y sólo como última alternativa por la inconstitucionalidad (del voto en disidencia de las doctoras Cafure de Batistelli y Tarditti). (TSJ, Sala Civil y Comercial, 12/12/1996, Sena Videla, Dimas en: Banco de la Provincia de Córdoba c. Grenni, Carlos y otros , LLC-1997-172). El mismo criterio, inveteradamente, es sostenido por la Corte Suprema. Recientemente ha expresado que: La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad

que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (CSJN, 20/12/2005, Droguería del Sud S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires , DJ-29/03/2006, 823).

Para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) La necesidad de la existencia de un caso , o controversia ; 2) Planteo oportuno; 3) Legitimación del peticionante; 4) Exigibilidad actual, esto es, la violación constitucional en concreto.

Lo primero implica la resolución en concreto de un conflicto real planteado entre las partes; y no una simple declaración en abstracto. Como lo ha dicho la CSJN, El control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que exista un "caso" y que dicho recaudo sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. (CSJN, 27/09/2005, B., E. A. c. Provincia de Mendoza , DJ 2005-3-568). En similares términos se ha expedido el T.S.J.: No es dable pensar en un planteo de inconstitucionalidad sino en función de un interés concreto (Cfr. A.I. N° 895/86) .

Respecto a la necesidad de planteo oportuno, debe ser entendido como primera oportunidad procesal idónea y no necesariamente como la primera oportunidad procesal en sentido estricto en la causa esto es el primer acto procesal cumplido luego del dictado de la ley. Así, se ha sostenido que la materia constitucional debe ser oportunamente introducida a juicio; este momento procesal se presenta cuando la parte interesada está en condiciones de prever conforme al desenvolvimiento y estado del procedimiento, que la norma contraria a la garantía o derecho fundamental podría ser aplicada por el tribunal (TSJ, Sala Laboral, A.I. N° 275/93); agregándose que El control de constitucionalidad debe proponerse en oportunidad de trabarse la litis o en la primera oportunidad que brinde el procedimiento (Cfr. A.I. N° 339/91, T.S.J.). -

Sin embargo, la cuestión en tanto requisito- se encuentra hoy en franca crisis. En efecto, con fecha 19 de agosto de 2004 la CSJN (autos: "Banco Comercial Finanzas S.A. -en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/quiebra") avaló, el control de constitucionalidad sin petición de parte en el proceso. En dicho precedente el Máximo Tribunal dijo que cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior"; lo cual significa, lisa y llanamente, avalar el control constitucional de oficio. Lo mismo había sido ya establecido en la causa "Mill de Pereyra, Tita Aurora, Otero, Raúl y Pisarello Angel c.

Estado de la Provincia de Corrientes", modificándose la posición tradicional dentro de la cual se había manejado el control judicial, que proscribía hacerlo de oficio. Evidentemente que si aún sin pedido de parte los jueces están facultados para ingresar al Control de Constitucionalidad, pueden hacerlo aún si el planteo no se realiza en la primera oportunidad procesal. Entiendo que esta facultad encuentra su limitación si el plexo normativo no vulnera flagrantemente la Carta Magna, y ha sido consentido por los interesados, pues definitivamente- no existiría agravio alguno para ellos.

En relación a la denominada exigibilidad actual, implica que en el momento de la declaración de inconstitucionalidad la norma debe ser lesiva a la Constitución. Esto puede ocurrir ya que muchas veces una norma constitucional para un momento determinado, deviene luego inconstitucional por haber cambiado las situaciones fácticas tenidas en cuenta al momento de sancionarse la norma (Toricelli, Maximiliano. El sistema de Control Constitucional Argentino, Ed. Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., 2002, p. 88). Recientemente la Corte se ha expedido con absoluta claridad en esta cuestión: la insoslayable consideración de las circunstancias actualmente existentes, que deben ser ponderadas en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros). (CSJN, 27/12/2006, Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional, LL- Sup. Esp. Pesificación de los Depósitos Bancarios - 2006 (diciembre), 45). Esto es: lo que ayer era razonable, hoy puede resultar lesivo a la Carta Magna, y viceversa.

El peticionante debe estar legitimado, por ser el directamente agraviado con la norma, debiendo ser titular de un interés jurídico tutelable.

Es menester analizar la configuración de las dos condiciones de admisibilidad: legitimación del agraviado y oportunidad del planteo.

La parte actora, quien peticona la declaración de inconstitucionalidad, se encuentra legitimada, en función de lo señalado precedentemente, por la posibilidad de accionar en defensa del interés difuso que invoca.

Respecto de la oportunidad, el planteo ha sido formulado por la parte actora al momento de interponer la demanda y su respectiva ampliación, verificándose los requisitos de procedencia especiales en lo que hace a la acción de amparo.-

Por lo señalado, existe también un caso que habilita el pedido de declaración de inconstitucionalidad. No se trata, pues, de una declaración en abstracto, sino muy por el contrario, con efectos concretos en la situación jurídica planteada por la parte actora.-

8.- EL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 86 DEL CÓDIGO PENAL. SU RECHAZO. En el análisis y resolución del caso de autos, en función del planteo que se ha formulado, es necesario analizar, por una parte, la cuestión vinculada al art. 86 del Cód. Penal. Luego, y por separado, la atinente a la Resolución 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia.

Adelanto que el planteo relativo al art. 86 del Cód. Penal no debe ser admitido. Doy razones.-

a.- Los problemas que el caso plantea. No cabe dudar que éste es un caso de los denominados casos difíciles, esto es, aquellos en los cuales el conflicto trasciende notablemente los

aspectos estrictamente jurídicos del problema, y se proyecta sobre múltiples ámbitos existenciales. -

En la problemática del aborto en general, y en particular del aborto en los caso de violación y de peligro para la vida o la salud de la madre (son estas dos últimas las situaciones particulares que ahora ocupan nuestra atención), se entremezclan cuestiones filosóficas, ideológicas, antropológicas, morales, políticas y religiosas.

Pero aquí, en el ámbito del presente proceso, la cuestión transita esencialmente sobre el ámbito de lo jurídico, que conforma (en el marco en el que nos encontramos en esta causa) el epicentro del problema respecto al cual giran las restantes cuestiones. Se trata, en otras palabras, de un conflicto de intereses jurídicos, que debe ser resuelto a la luz de lo que el Ordenamiento Jurídico dispone.

En tal contexto, y valga la aclaración, la cuestión medular radica en establecer (de cara a una normativa que, sobre el problema, no se encuentra exenta de algunas confusiones e indeterminaciones, como se analiza más adelante), cuál es la solución que nuestro actual ordenamiento jurídico establece, a la luz de la ideología de nuestra Constitución Nacional, nuestra Carta Magna. -

En lo atinente al rol del suscripto en el presente conflicto de intereses (en definitiva, la resolución de tales diferendos es la función esencial de los jueces), no se trata de resolver de acuerdo a la religión, posición ideológica, moral o filosófica personal; sino, en función de la alta misión encomendada a los jueces, y por imperio de la Constitución que uno jura respetar y cumplir al momento de asumir funciones, de fallar a la luz de la ideología constitucional, en el ámbito de una sociedad pluricultural como la nuestra.

No cabe dudar que las partes, más allá de los planteos jurídicos que han efectuado (y también los diversos intervinientes en este proceso), se encuentran (y mucho más, en temas como el que nos convoca) imbuidas por sus posiciones ideológicas, morales, religiosas y filosóficas; además de las jurídicas, claro está. No podría serlo de otra manera; y para nadie, ya que la cuestión que aquí se discute es de altísima trascendencia. Todos, sin excepción, nos encontramos necesariamente posicionados desde estas perspectivas frente al problema. Incluso, la negación de las ideologías, la moral, la religión, etc., importan también una toma de postura frente a ellas, y se proyectan en lo que se refiere a nuestro tema en particular. En otras palabras: la neutralidad es imposible de predicar.-

Pero, ello, reitero, no puede desviar al juez de su norte, al resolver un caso: no se trata de su ideología, de su posición moral, de su religión (si es que profesa alguna), de las cuales el juez se despoja al resolver un caso; sino del posicionamiento de la Constitución Nacional frente al problema, y del deber (también jurídico) del juez de emitir su decisión a la luz de lo que en la Carta Magna se dispone.-

Hay casos en los que la cuestión resulta mucho más sencilla, en donde la ideología de la Constitución se manifiesta prístina, y se proyecta luego en las normas especiales y particulares que se dictan en su consecuencia.

Es que, no cabe dudarlo, la Constitución es una declaración ideológica a la que el juez, en ejercicio de su función, debe someterse irrestrictamente; y que es lo que el suscripto cumple sin condicionamiento alguno.

En el caso de autos (esto es, en lo atinente al aborto), la cuestión no se presenta de la forma lineal en que, en ciertos pasajes de sus respectivos escritos, todas las partes pretenden mostrarlo. -

El art. 86 del Cód. Penal no es una norma que se encuentre vigente, sin mayores problemas, desde hace décadas. Por el contrario, ha recorrido un largo derrotero, plagado de caminos zigzagueantes, de interpretaciones encontradas, y no pocas críticas. No es momento éste de efectuar un repaso exhaustivo de la problemática jurídica del aborto (lo han hecho, con sumo detalle, los diversos actores de este proceso, a lo que remito); pero la única conclusión a la que puede arribarse, desde la óptica normativa, es que la cuestión no se encuentra definitivamente zanjada. -

No puede ignorarse que han existido pronunciamientos que han declarado inconstitucional la norma; y ello obviamente, porque así es nuestro Sistema- no trajo aparejada su derogación formal. De lo contrario (esto es, si se hiciera caso omiso a las resoluciones aludidas), la declaración de inconstitucionalidad (competencia exclusiva y excluyente de los jueces) carecería de sentido. Por otra parte es claro (como se analiza más adelante), que recientemente nuestra Corte Suprema ha sostenido su constitucionalidad. Tampoco puede ignorarse la profusa doctrina que ha cuestionado y que ha sustentado la norma. En otras palabras: no es posible presentar el problema como si la norma que nos ocupa hubiera transitado sin avatar alguno.

De otro costado, tampoco puede afirmarse, sin más, que el art. 86 del Cód. Penal colisiona abiertamente contra el Derecho a la Vida de la Persona por Nacer, presumiblemente de rango superior, en función de la profusa normativa tanto interna como internacional que nos rige. Puede observarse hasta qué punto llega el conflicto, que las mismas normas (entre otras, y sólo para citar la más evidente, las de la Convención de los Derechos del Niño) son interpretadas de forma diametralmente opuesta por los contendientes, y también por los más calificados juristas y jueces, a la luz de otras normas que, en intrincada interacción, les permiten sustentar sus respectivas posiciones.

Ello es producto de una causa que, más que nunca en casos como el que nos ocupa, es la raíz del problema: la ausencia de una norma categórica, que en forma clara, precisa y sin ambigüedades, resuelva la cuestión.

El aborto constituye una de esas problemáticas que no han sido enfrentadas y resueltas de esa manera (esto es, en forma clara, precisa, categórica y sin ambigüedades) por quienes tienen a cargo la trascendente misión de legislar.

Por cierto que, en el ámbito de los Tratados Internacionales, la cuestión es hartamente difícil, lo que motiva la necesidad de buscar fórmulas transaccionales, en razón de las innegables diferencias identitarias de cada Pueblo, para lograr puntos de consenso que permitan a la humanidad avanzar.

Pero es en nuestro derecho interno positivo en el cual, si bien existen algunos tópicos que se encuentran hoy resueltos (por ejemplo, el reconocimiento de su calidad de persona al concebido), otros de altísima trascendencia se encuentran aún sin definirse (en el ejemplo aludido, el concepto jurídico de concepción, si bien la Corte, con distinta integración en el año 2002 en el caso Portal de Belén c/ M.S. y A.S. - señaló por mayoría que la vida humana comienza con la fecundación), con todo lo que ello implica (repárese no sólo en las posiciones encontradas que ello ha generado en nuestro ámbito, sino también en la discusión

que existe en torno a la norma que se ha proyectado en la modificación del Cód. Civil art. 19). -

Pese a las profundas transformaciones sociales acontecidas desde la sanción de la Constitución de 1.853, el Constituyente de 1.994 no definió en términos absolutamente inequívocos la cuestión; y tampoco lo ha hecho, hasta ahora, quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para legislar: el Congreso de la Nación.

Cada vez, con mayor rapidez, los cambios sociales nos encuentran aún tratando, no ya de comprender, sino de poder observar los que acontecieron poco tiempo atrás. Vivimos hoy una realidad constantemente fluyente, en un mundo convulsionado por conflictos de la más diversa índole. El avance tecnológico y científico (por citar sólo un aspecto que concierne a nuestro tema), pareciera haber dejado detenido en el tiempo al ya añejo art. 86 del Cód. Penal, que en su redacción original continúa desde la óptica del derecho positivo- vigente. Sin embargo, el Poder Legislativo de la Nación no ha resuelto el problema, de cara a una necesidad imperiosa y evidente, a casi ya 30 años del restablecimiento del Orden Constitucional; retraso que motiva la necesidad de acudir al Poder Judicial para resolver un conflicto que, si bien no puede serle ajeno (y es su deber abocarse), de todas maneras se acrecienta, y necesita ser solucionado de raíz, tomando nuestro Legislador una posición que, a esta altura, debe ser categórica, sea cual sea la respuesta; y a la luz, claro está, de la ideología constitucional. Una ideología que ha ido mutando con el paso del tiempo y el cambio social lo que, pese a que el texto de las normas se mantenga inalterable, impone la necesidad de una reinterpretación y adecuación a la realidad subyacente. En este orden de ideas, y con meridiana claridad, se ha dicho en opinión que comparto- que la interpretación dinámica, progresista, no estática del Texto Constitucional, es una tendencia mantenida por la Corte Suprema de Justicia a través de sus distintas integraciones, y ella ha permitido la adaptabilidad de sus cláusulas a las cambiantes situaciones de la realidad ocasionadas por el devenir. Esta actividad permite acordar a los contenidos magnos la necesaria flexibilidad y generalidad (Palacio de Caeiro, Silvia B. Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , Ed. La Ley, Bs. As., 2.011, p. 62, quien además efectúa un exhaustivo repaso de la cuestión a través de los diversos pronunciamientos de la Corte).

En este orden de ideas, puede advertirse un importantísimo viraje en la posición que sostiene la Corte Suprema, en su actual integración, sobre una de las bases conceptuales del problema. Pero, en mi opinión, ello es insuficiente para definir, por la vía natural que nuestro Sistema Jurídico ha previsto, el meollo del problema, lo que debe ser producto de un debate serio, comprometido y responsable, en el marco reitero- de una sociedad multicultural y democrática, ajeno a coyunturas de todo tipo, a la luz del Ideario Constitucional, y con la mirada puesta en el porvenir de nuestra Patria.

Tal es el marco, complejo y de aristas difusas, en el que se inserta la cuestión que aquí hoy se resuelve.-

b.- La norma impugnada. El art. 86 del Cód. Penal (Texto original según ley 11.179, restablecido por ley 23.077), reza: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un

peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto .-

Cabe recordar que en el artículo anterior (85), se dispone: Art. 85. - El que causare un aborto será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer .-

Por otra parte, los arts. 87 y 88 rezan: Art. 87: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare ; Art. 88: Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible .-

c.- Eficacia vinculante de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la nación. Resulta ineludible para esta causa la valoración de lo resuelto por la CSJN en los autos F., A. L. s/ medida autosatisfactiva , del 13/03/2012, y que no sólo es el fundamento medular de la Resolución Ministerial que aquí se impugna, sino también objeto de análisis y crítica por todos los intervinientes de la causa. En lo que interesa para el análisis particular que me encuentro efectuando en esta parte (esto es, el art. 86 del Cód. Penal), respecto a lo atinente a la problemática de la validez constitucional de dicha norma.-

Pero antes de ingresar a la cuestión de fondo, es necesario dejar aclarada otra de no menor entidad, y que en varios aspectos condiciona la solución del caso: la problemática de la eficacia vinculante de las resoluciones del Alto Tribunal.

1.- Como punto de partida, cabe advertir que las partes, en algunos pasajes de sus respectivos escritos, y también algunos de los restantes participantes en esta causa, tienden a simplificar (en sustento de la posición que predicán) el problema: los fallos de la Corte no son vinculantes, y no existe obligación legal de seguirlos; o bien los fallos de la Corte deben ser acatados sin más por los Tribunales inferiores. Existen, además, algunos matices en estas posiciones extremas, también esbozados en algunas de las presentaciones.-

Pero la cuestión es muchísimo más compleja.-

2.- Como primera medida, debe advertirse que en nuestro caso, no nos encontramos frente a una situación en la que la respuesta por la obligatoriedad en el acatamiento es indudable, pues surge expresamente de la ley.

En concreto, me refiero al caso en que en un conflicto en particular, la CSJN (podría tratarse también de una Corte Provincial, o de una Cámara de Apelaciones) dicta una resolución, revocando total o parcialmente lo resuelto en una instancia anterior, y ordenando por ejemplo- el dictado de una nueva sentencia en función de los lineamientos establecidos (ello ocurre cuando los tribunales superiores resuelven con reenvío a un tribunal inferior). O cuando se deja sin efecto (en una sentencia dictada por una Cámara) una resolución de 1° Instancia, ordenándose (por ejemplo) se practique por el juez inferior una nueva regulación de honorarios, en función de lo resuelto por la Cámara.-

En tales situaciones no cabe dudar que lo resuelto por el superior es, necesariamente, vinculante para el inferior; y éste no puede apartarse, en ningún caso, y bajo ningún pretexto. Es de la esencia del Sistema que si una instancia superior revisa y revoca (total o parcialmente) lo resuelto en una inferior, que el acatamiento de lo decidido no sólo involucra a las partes, sino a los jueces inferiores que han intervenido.-

Ahora bien: en dicha situación nos encontramos ante una resolución de un caso concreto y la obligatoriedad va de suyo- alcanza a todos aquellos que de una manera u otra han tomado participación en el diferendo en particular, sea cual sea su rol.

3.- Sin embargo, no es éste el caso de autos, ya que el caso resuelto por la CSJN involucró a sujetos distintos de los aquí intervinientes. Por tal motivo, cabe descartar de plano el análisis de la eficacia vinculante en los términos antes aludidos, pues la situación jurídica es diferente.

4.- Así las cosas, y despejado lo anterior (que muchas veces, por desconocimiento de las personas ajenas a cuestiones jurídicas, lleva a crear confusiones respecto a la Estructura Institucional de nuestro Sistema), cabe ingresar en el nudo del problema al que nos enfrentamos.

5.- Su piedra basal está dada por la siguiente circunstancia: no existe una norma, ni expresa, ni implícita, que establezca que los fallos de la Corte Suprema (ni de ningún tribunal superior) obligan, no ya a las partes que han intervenido, sino a todos los habitantes de la Nación por igual (una cuestión diferente, y que no corresponde analizar aquí, es la relativa a los fallos plenarios, que son resoluciones dictadas en función de los arts. 302 y 303 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, por las Cámaras Civiles en su totalidad en pleno, de allí su nombre- y con la finalidad de unificar jurisprudencia, sentando doctrina obligatoria, en función de que así lo establece la ley).

Como bien dice Sagüés al respecto, en un meduloso análisis de tan intrincada problemática: vamos así al fondo de la cuestión: el régimen constitucional de 1853-1860 no impuso un mecanismo jurisprudencial 'vinculante' hacia los fallos de la Corte Suprema (Sagüés, Néstor Pedro. Compendio de derecho procesal constitucional, Ed. Astrea, Bs. As., 2.009, p. 82). -

6.- Pero este no es sino el punto de partida de la cuestión.

En efecto, ha existido, desde los albores de nuestro País, un largo derrotero sobre esta delicada problemática.-

A fin de evitar un extenso relato, sigo acá también a Sagüés, quien en forma sumamente clara describe los distintos vaivenes que el tema ha tenido. Señala el notable jurista que, pese a la falta de un mecanismo expreso que regule la cuestión, fueron surgiendo normas de derecho judicial que se han adosado al texto constitucional. Paulatinamente ha tomado cuerpo una interpretación constitucional mutativa, por adición, *praeter constitutionem* o *contra constitutionem*, según como se la quiera apreciar, que confiere a los fallos de la Corte cierto valor jurídico 'vinculante' (Sagüés, Compendio... , cit., p. 82).-

Luego de analizar las distintas variantes que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, concluye que no existe uniformidad sobre la eficacia vinculante de los pronunciamientos de la Corte, agregando, con elocuencia, que ni la misma Corte Suprema, en verdad, está acorde consigo misma al respecto, puesto que en algunas de sus sentencias han pregonado el acatamiento liso y llano a su jurisprudencia, mientras que otras postulan un sometimiento condicionado, de tipo moral o también de corte institucional, al par que algunos fallos

reducen tal subordinación al periodo de aplicación de la Constitución nacional de 1949. Los últimos fallos del tribunal, no obstante, pregonan el seguimiento condicionado, aún en temas de derecho común, a su doctrina judicial, salvo que se den razones nuevas y sólidas para disentir con ellos. Señala además que el mismo camino sinuoso (así lo califico) ha sido el que ha imperado en los tribunales inferiores (Sagüés, Compendio... , cit., p. 80).

Sigue diciendo que tampoco existe coincidencia sobre la fundamentación del efecto vinculante de las sentencias de la CSJN.

Efectuando una evaluación sobre la problemática, entiende que ambas posiciones (obligatoriedad; no obligatoriedad) tienen sólidos fundamentos. Pero aclara: cabe remarcar que según el esquema constitucional inicial de 1853-1860, sentenciar no es lo mismo que legislar. La tesis del acatamiento liso y llano a la doctrina jurisprudencial de la Corte no es, pues a nuestro entender- muy compatible con la arquitectura constitucional argentina (Sagüés, Compendio... , cit., pp. 81/82).-

Con profusa cita de fallos emanados del Máximo Tribunal, sintetiza las diversas corrientes en las siguientes doctrinas: 1) Doctrina del sometimiento simple (esto es, los magistrados deben subordinarse a las declaraciones de la Corte); 2) Doctrina del sometimiento condicionado como deber moral (pese a que se resuelve en un caso concreto, lo cierto es que existe un deber moral para los jueces inferiores de conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos a los fallos de aquel alto tribunal, debido especialmente a la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los Magistrados que la componen); 3) Doctrina del sometimiento condicionado como deber institucional (variante de la anterior, en la que se postula que si bien es incuestionable la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de sus funciones, ello es tan cierto como la autoridad definitiva de la Corte en la interpretación de la Constitución, importando tal sometimiento el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida; por ello, se deben aportar nuevos argumentos a los ya considerados por la Corte, para apartarse de sus precedentes); 4) Doctrina del no sometimiento imperativo (es la tesis del derecho judicial no vinculante, en razón de la facultad de interpretación y decisión de los jueces inferiores) (Sagüés, Compendio... , cit., pp. 75 y ss.).-

Como ya lo he indicado, el Jurista cita copiosa jurisprudencia, emanada de la Corte, en sustento de cada una de las doctrinas que cataloga.-

7.- Entiendo que con lo señalado es suficiente para comprender que no se trata (como lo presentan las partes) de una cuestión absolutamente definida y terminante. -

Por el contrario, la ausencia de una norma general, de cara al incuestionable rol institucional de la Corte, han motivado la necesidad de pronunciarse sobre el problema, pero la realidad fluyente a la que he hecho referencia, y los naturales cambios de integración del Alto Tribunal con el paso de los años, han provocado tales vaivenes. Los fundamentos de las diversas posiciones, plasmados por los más insignes juristas y jueces que han formado parte de la Corte, revelan que se trata de un problema nada superficial, sino verdaderamente profundo y complejo.

La cuestión se agrava en casos como el de autos, en los que no sólo el tópico que nos ocupa (la eficacia vinculante de los fallos de la Corte), sino el problema mismo sobre el que versa

(el aborto) también ha transitado, aunque por sus carriles propios, un derrotero sumamente irregular.

d.- El caso de autos. Constitucionalidad del art. 86 del Código Penal. Rechazo de la acción de amparo. En lo atinente al art. 86 del Código Penal, que es la cuestión que ahora ocupa nuestra atención, la Corte Suprema en el caso F.A.L. ha sido unánime y clara: la norma es constitucional (aunque, vale señalarlo, el Dr. Petracchi se pronuncia por la inadmisibilidad del recurso interpuesto ante el Alto Tribunal, lo que implicaba convalidar lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, que había hecho lugar a la solicitud de práctica del aborto no punible).-

Son múltiples los argumentos y análisis que la Corte efectúa, tanto de la normativa nacional como supranacional que nos rige.-

El caso, en particular, presenta aristas muy especiales que la Corte enfrenta y resuelve, dejando en claro (y sin lugar para dobles interpretaciones) cuál es la posición que asume, y advierte la trascendencia institucional del asunto.-

En lo medular, se establece que la interpretación de la constitución de este tiempo (a la luz no sólo de su texto, sino del complejo plexo normativo que nos rige, en particular el supranacional), permite sostener la validez constitucional del aborto no punible del art. 86 del Cód. Penal, para cualquier caso de violación (y no únicamente en el supuesto de violación de una mujer que adolezca de una enfermedad mental), y también para el caso del aborto terapéutico.

Existen otras cuestiones de no menor entidad, como lo es la circunstancia de que la práctica abortiva ya se había consumado (por lo cual podría considerarse que el caso se había tornado abstracto); la existencia de cuestión federal; la necesidad de la Corte de dejar claramente explicitado su criterio, a fin de que sea conocido y pueda ser aplicado para casos análogos; además de la constitucionalidad y el criterio interpretativo amplio que se sustenta, la vinculada a la innecesariedad de autorización judicial, administrativa, o denuncia penal (menos aún sentencia) penal para la práctica del aborto no punible; la delicada problemática del rango del derecho a la vida de la persona por nacer, que la Corte entiende que no es absoluto. Respecto a todas ellas la Corte se pronuncia en forma explícita, analizando e interpretando las normas de derecho supranacional e interno vinculadas al problema, y valorando la multiplicidad de Principios y Derechos que se encuentran implicados en este, realmente, difícilísimo conflicto de intereses jurídicos.-

También se pronuncia sobre el modo de llevar adelante la práctica abortiva, cuestión que por el momento excluyo del análisis que nos ocupa, y que será examinada más adelante.

La totalidad de los argumentos que invoca la parte actora al respecto (esto es, en relación a la validez constitucional del art. 86 del Cód. Penal y a su interpretación), como así también la de los Amicus Curiae que se colocan a su lado en la posición que sustenta la primera, se encuentran reflejados en el caso F.A.L. .

En este marco, y ante lo indicado con anterioridad respecto al efecto vinculante de las resoluciones de la Corte, entiendo que en lo atinente al problema que ahora nos ocupa, no existen en mi opinión- elementos que me permitan apartarme del criterio sentado por el Máximo Tribunal, desde que no encuentro, ni se ha demostrado, circunstancias que fundadamente me lleven a concluir en que tal interpretación no sea la que fluye de la

ideología actual de nuestra Constitución Nacional; mucho menos, la existencia de un error, una inconveniencia del criterio. -

Se trata reitero- de un caso difícil. En el marco de una Sociedad que ha mutado notablemente. De una Sociedad Multicultural, habitada por un complejo mosaico de ideologías, valores y religiones, en intrincada interacción y, muchas veces, en conflicto. Y enfrentada a un problema, tal vez uno de los más graves, en el cual como antes lo indiqué- no existe una definición normativa categórica, lo que provoca la necesidad de efectuar una labor hermenéutica ímproba, en la que subyacen necesariamente los componentes extra jurídicos que conforman la compleja plataforma fenomenológica sobre la que se asienta, y que la Corte no esquiva, tomando posición al respecto, interpretando lo que Ella entiende, en cumplimiento de la función esencial que es causa de su existencia en el Estado de Derecho.

En este orden de ideas, cabe agregar que, definitivamente, la Corte es la intérprete final de la Constitución Nacional, como lo ha precisado en forma invariable (Palacio de Caeiro, cit., pp. 33 y ss.), y plenamente conciente de su rol institucional en el sistema federal de gobierno, reconoce que una de sus más importantes misiones, es interpretar la Constitución Nacional, de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelvan armoniosamente (Palacio de Caeiro, cit., p. 37).

Es por todo lo expuesto que concluyo que no corresponde, en este punto, apartarse del criterio sustentado por el Máximo Tribunal y, en consecuencia, debe rechazarse la acción de amparo incoada en esta causa en cuanto pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal; lo que así decido.-

9.- EL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCIÓN N° 93/12 (Y SU ANEXO 1), del 30 de marzo de 2.012, DICTADA POR EL MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. ADMISIÓN PARCIAL. Adelanto que el planteo formulado por la parte actora en relación a la Resolución Ministerial en crisis debe ser admitido parcialmente. Doy razones.-

a.- La normativa impugnada. La Resolución en cuestión, que es necesario transcribir en su totalidad, reza: -

**GUÍA DE PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE PACIENTES QUE SOLICITEN PRÁCTICAS DE ABORTO NO PUNIBLE - Resolución 93/12 .-**

VISTO: El Expte. N° 0425-240881/2012, la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional, el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación, Leyes Nacionales N° 26.061, N° 26.130; y N° 26.529; la Constitución de la Provincia de Córdoba; Leyes Provinciales N° 6.222, N° 8.835, N° 9.133; N° 9.344; N° 9944 y N° 10029; Resoluciones del Ministerio de Salud de la Provincia N° 1752/02 y N° 45/07; mediante el cual se gestiona la aprobación de la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles ;

Y CONSIDERANDO: Que la demanda de abortos no punibles, si bien son casos excepcionales, es una realidad que presenta distintas dificultades para su abordaje desde el punto de vista de la salud, a las que se ha ido dando distintas soluciones con el transcurso del tiempo. Que ante la presentación de casos en distintos lugares del país se puso de manifiesto la necesidad de adoptar un criterio que permitiera resguardar los derechos de las mujeres que requerían dicha práctica, como así también el de los profesionales del equipo de salud. Que

esta cartera viene desarrollando acciones tendientes a dar una solución integral a esta temática que garantice, en el marco de la salud pública, un tratamiento sin distinciones. Que en este contexto de situación y proceso de elaboración de normas es que se hizo público el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva"; Expte. N° F. 259. XLVI. Que el máximo tribunal, en dicha sentencia, ha sostenido que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal de la Nación, establece que no es punible el aborto practicado por médico diplomado, a una mujer víctima del delito de violación, previo su consentimiento, sea esta o no capaz. Que en dicho fallo el más alto Tribunal ha confirmado que es innecesaria la autorización judicial de esta práctica. Que asimismo en su parte resolutive exhorta a las autoridades (...) provinciales (...) con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. Que en nuestro sistema jurídico, los fallos de la CSJN solo son obligatorios para el caso individual sometido a juicio. Que no obstante ello, atento a la trascendencia institucional y social de dicho fallo y su implicancia para el abordaje de la salud pública, resulta conveniente avanzar en el dictado de normas y/o guías de procedimiento, que permitan garantizar el derecho a la salud de las mujeres que soliciten práctica de aborto terapéutico; como así también dar precisiones a los profesionales del equipo de salud sobre cual debe ser su proceder. Que la Provincia de Córdoba detenta el poder de policía en materia de legislación y administración de salud (Constitución Nacional art. 121 y Constitución Provincial art. 59, y debe ajustar el desarrollo de sus acciones en garantía del derecho a la salud de todos los habitantes de la misma (arts. 1 y 5 de la Ley 9133). Que la legislación vigente no contiene normas que establezcan el procedimiento que deben seguir los profesionales de la salud ante la solicitud de prácticas abortivas por una mujer en el marco de las disposiciones del artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal. Que en consecuencia resulta necesario dictar los instrumentos pertinentes que contemplen tanto la asistencia médica en forma rápida y segura, como la contención de la víctima. Que asimismo debe dejarse a salvo el derecho de los profesionales médicos a hacer uso de la objeción de conciencia. Que compete al Ministerio de Salud, entender en la determinación de los objetivos y la formulación de las políticas del área de su competencia. Por ello, lo dictaminado por la Dirección de Jurisdicción de Asuntos Legales, mediante N° 028/12 y en uso de sus atribuciones;

EL MINISTRO DE SALUD RESUELVE: -

1°- APRUÉBASE la 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 de la Nación que, como Anexo I compuesto de TRES (3) fojas, forma parte integrante del presente Instrumento Legal.-

2°- PROTOCOLÍCESE, comuníquese, notifíquese y archívese .-

**ANEXO I. GUÍA DE 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.-**

1°. La presente guía será de aplicación para la asistencia sanitaria integral de prácticas de aborto no punible, contemplados en el artículo 86, incisos 1° y 2° del Código Penal, en el ámbito de los establecimientos públicos de la Provincia de Córdoba.

## 2°. CONSIDERACIONES GENERALES.

2.-a) Marco normativo: Código Penal Argentino, artículo 86° el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2°) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto . -

2.-b) El supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86 inciso 2° del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de la víctima. (Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva"; Expte. N° F. 259. XLVI). En este caso la mujer solicitante, o en su caso su representante legal, deberá realizar una declaración jurada en la que hará constar que su embarazo es producto de una violación y que por esa circunstancia solicita que se le realice el aborto.

2.-c) No es necesaria la denuncia para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

2.-d) En todos los casos es imprescindible, para la realización de un aborto no punible, el consentimiento informado de la mujer embarazada en los términos previstos por la ley N° 25.629, Convención de los Derechos del Niño y restantes normas Nacionales y Provinciales que resulten aplicables.

2.-e) Tanto en el caso de las mujeres menores como de las declaradas legalmente incapaces que no puedan consentir el acto, se requerirá del consentimiento informado de sus representantes legales. -

2.-f) Dicho consentimiento debe ser entendido como un proceso y no como un simple acto formal. En dicho proceso, en la interacción del paciente con el médico, es que verdaderamente se puede garantizar que la decisión que finalmente se tome sea absolutamente libre, ya que puede ser realizada habiendo conocido, comprendido y analizado las ventajas y desventajas para el caso particular de la embarazada, de proceder a la interrupción de la gestación.

2.-g) En todos los casos debe garantizarse una pronta y segura respuesta a la embarazada demandante del aborto no punible, resguardando su intimidad y la confidencialidad, preservando sus datos personales y familiares. -

2.-h) Para la realización del aborto no punible, no es necesaria autorización de autoridad judicial o administrativa. Toda decisión que tome el médico tratante se basará, desde la óptica de la salud, exclusivamente en la situación de la mujer encinta. Únicamente con el consentimiento de la paciente, se dará información sobre el caso a otras personas que no sean los profesionales y/o autoridades intervinientes.

2.-i) La información falsa, o dilación injustificada por parte de los profesionales de la salud y/o las autoridades hospitalarias, importan conductas sujetas a responsabilidad administrativa, civil y/o penal. -

2.-j) Los profesionales, ante la solicitud de la realización de un aborto no punible, podrán ejercer su derecho a objeción de conciencia.

2.-k) De presentarse un caso que no estuviese contemplado en la presente guía, o que presentare alguna duda desde el punto de vista jurídico o procedimental y esto pudiese representar un obstáculo en la continuidad del procedimiento, el médico tratante y/o la autoridad hospitalaria deberán comunicarse a la Dirección de Jurisdicción de Asuntos Legales del Ministerio de Salud. -

3°.- PROCEDIMIENTO. Ante la solicitud de interrupción de embarazo no punible, los profesionales médicos intervinientes deberán observar las siguientes pautas de acción:

3.1.- PROCEDIMIENTO EN CASO DE PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD. Artículo 86, inciso 1 del Código Penal de la Nación.

3.1.-a) ATENCIÓN DERIVACIÓN. En caso de que la solicitud sea realizada por ante un profesional que no preste sus servicios en alguno de los centros de atención médica dispuestos para estos casos, deberá comunicarse de inmediato con la Dirección General de Emergencia Sanitaria y Derivación de Pacientes del Ministerio de Salud de la Provincia, donde se le indicará a qué establecimiento y de qué manera debe ser derivada la paciente.

3.1.-b) CAPACIDAD. Deberá determinarse si quien lo solicita es una mujer capaz (mayor de 18 años) o una mujer por la que debe efectuar la solicitud un representante legal (menores de 18 años, dementes declaradas como tales, estados fronterizos del artículo 152 del Código Civil, otros supuestos en los que la embarazada no pueda expresarse por sí misma). Si quien lo solicita es un representante, debe acreditar tal condición, así como de contar con la documentación pertinente acreditar la falta de competencia de la embarazada (Ej.: declaración de insanía). En el caso de menores de 18 años se dará noticia a la Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia. En todos los casos debe verificarse la identidad y edad de la embarazada y su representante. -

3.1.-c) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

3.1.-c.1) En caso de que el médico tratante fuera a hacer uso del derecho de objeción de conciencia, deberá hacer saber dicha circunstancia al Director del Hospital donde presta servicio, inmediatamente después de haber tomado conocimiento de la solicitud de la paciente y en ningún caso podrá aparejar demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. Dicha objeción deberá instrumentarse por escrito, dejando constancia que la misma lo es tanto para realizar las prácticas abortivas en el ámbito público como en el privado. La misma deberá ser archivada por la autoridad del Hospital, quien deberá informar a la Secretaría de Atención Médica del Ministerio de Salud.-

3.1.-c.2) La autoridad de la institución involucrada, inmediatamente de conocida la objeción de conciencia planteada, deberá arbitrar los medios para organizar el servicio en aras de garantizar la atención de la paciente. Para el supuesto de que en esa institución no cuente con otro médico que pueda realizar las prácticas abortivas del caso, deberá poner en conocimiento esta circunstancia a la Secretaría de Atención Médica del Ministerio de Salud de la Provincia, quien deberá arbitrar los medios para garantizar la prestación en cuestión.

3.1.-c.3) Bajo ninguna circunstancia dicha objeción podrá traer aparejada sanciones de ningún tipo. El objetor podrá en cualquier momento dejar sin efecto la objeción con una nueva manifestación por escrito. -

3.1.-d) DIAGNÓSTICO. El peligro para la vida o para la salud debe ser constatado por el médico tratante y sobre la base de los estándares vigentes quien, de considerarlo necesario,

podrá convocar un equipo interdisciplinario con los profesionales que requiera el caso debiendo determinar, además, la inexistencia de otro tratamiento alternativo, como así también que el peligro para la vida o la salud es consecuencia del embarazo o que el mismo contribuye a agravar dicho peligro. En el supuesto de que, a juicio del profesional interviniente, no sea posible realizar el aborto, ello deberá ser puesto en conocimiento de la mujer o de su representante legal, por escrito, inmediatamente, dejándose constancia en la Historia Clínica de tal circunstancia. -

3.1.-d.1) EQUIPO INTERDISCIPLINARIO. El equipo interdisciplinario estará integrado por un/a toco ginecólogo/a, médico/a tratante, un/a psicólogo/a a los que se podrán sumar otros profesionales si el caso lo requiere, los que serán designados por el Director del Hospital o, en su caso, por el Secretario de Atención Médica. No podrán conformar el Equipo Interdisciplinario los profesionales objetores de conciencia. Dicho equipo será convocado a instancias del médico tratante. En tal caso deberá producir un dictamen, desde un punto de vista médico, referido a la procedencia o no de la interrupción del embarazo en los casos de embarazos no punibles, debiendo expedirse en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, siempre teniendo en cuenta la urgencia del caso. Emitido dictamen, el que será incorporado a la Historia Clínica, el médico tratante convocará a la mujer embarazada y/o a su representante legal a fin de ser informada/o sobre el diagnóstico y posible tratamiento. -

3.1.-e) CONSENTIMIENTO INFORMADO. No existiendo impedimento médico para la realización del aborto, se procederá a instrumentar el Consentimiento Informado. Debe ser entendido como un proceso y no como un simple acto formal. Desde la primera consulta y en todo momento el médico deberá brindar información clara, precisa y adecuada a la paciente y/o su representante legal explicándole en términos claros y de acuerdo a su capacidad de comprensión el diagnóstico y pronóstico del cuadro y la posibilidad de interrumpir el embarazo, los riesgos que dicha práctica implica, respondiendo a las preguntas que la mujer o su representante legal quieran hacer. La información podrá ser ampliada en todo momento y el consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento. La prestación del consentimiento informado deberá realizarse de acuerdo a lo normado por la Ley Nacional 26.529, materializándose por escrito y debidamente firmado por la mujer y/o su representante legal, según el caso, y el médico, debiendo ser agregado a la Historia Clínica.-

3.1.-e.1) En el caso de las mujeres declaradas legalmente incapaces o que no puedan prestar su consentimiento a la práctica abortiva, se requerirá del consentimiento informado de su representante.

3.1.-e.2) Cuando se trate de menores de dieciocho (18) años de edad deberá requerirse el consentimiento de sus padres o su representante legal. En el supuesto de menores de trece (13) años o que la menor no contase con representante legal deberá darse intervención a la Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia, conforme lo previsto por ley N° 9.944 y Decreto 1153/09. En todos los casos las niñas y adolescentes tienen derecho a participar del proceso deliberativo y de la toma de decisión, en función de su edad, capacidad de discernimiento y madurez; debiendo su opinión ser tenida en cuenta siempre, conforme lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño, - Art. 12 y la Ley N° 26.061 art. 3°. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (Ley 26.061, art. 3). -

3.1.-f) ASISTENCIA PSICOLÓGICA Desde el primer momento deberá brindarse asistencia psicológica a la embarazada y cuando el profesional lo aconseje, y con el consentimiento de la mujer, a su grupo familiar, extendiéndose el mismo después de realizado el aborto por un plazo no menor a tres (3) meses.

3.1.-h) REALIZACIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE. Materializado por escrito el consentimiento informado y en un plazo no mayor de tres (3) días y según la urgencia del caso, se procederá de acuerdo a lo indicado por el médico tratante a efectuar el aborto. En caso de considerarlo necesario, el profesional podrá requerir la asistencia del equipo interdisciplinario.

3.1.-i) PLAZO. El plazo para efectuar el procedimiento, no deberá ser mayor a diez (10) días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representante legal salvo que, por razones estrictamente médicas, al aborto deba postergarse.

3.-2 PROCEDIMIENTO EN CASO DE VIOLACIÓN. Artículo 86, inciso 2 del Código Penal de la Nación. Deberá respetarse el mismo procedimiento descripto, reemplazando en el punto 3.1.-d) DIAGNÓSTICO los siguientes: -

3.2.a) DECLARACIÓN JURADA. Se deberá solicitar a la embarazada o su representante (según el caso) que manifieste, con carácter de declaración jurada, que el embarazo ha sido producto de una violación y que por esa causa solicita se le practique el aborto. Esta declaración debe ser incluida en la Historia Clínica de la embarazada y firmada por ella o su representante (según el caso). Si la solicitante o su representante contaren con constancia de denuncia penal, se incluirá una copia de la misma en la Historia Clínica. En este último caso, deberán tomarse los recaudos necesarios para el resguardo de material genético.

3.-2.b) ESTUDIOS. El médico tratante procederá a realizar los estudios que correspondan a fin de determinar si, desde el punto de vista médico, es viable proceder a interrumpir el embarazo, pudiendo convocar al equipo interdisciplinario, o realizar interconsultas. En el supuesto de que, a juicio del profesional interviniente, no sea posible realizar el aborto, ello deberá ser puesto en conocimiento de la mujer o de su representante legal, por escrito, inmediatamente, dejándose constancia en la Historia Clínica de tal circunstancia .-

b.- El planteo relativo a la inconstitucionalidad de la Resolución en razón de su rango normativo. Rechazo. Señala la Sra. Asesora Letrada, en prieta síntesis, que se encuentran vigentes varias leyes provinciales referidas a la materia específica de la salud (6.222, 9.133, 9.344). Que en lo atinente a la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que solicitan Prácticas de Aborto no punible contemplado en el art. 86 del Cód. Penal, se genera una situación de coexistencia entre la Resolución N° 93/12, por un lado, y, por el otro, la prohibición a todos los profesionales de la salud de practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin (art. 7 inc. d) de la Ley N° 6.222). Que ello importa una contradicción del orden normativo provincial, causado por el dictado de una resolución ministerial que, ejerciendo facultades reglamentarias de alcance general, suplanta la atribución exclusiva y excluyente del Poder Legislativo de armonizar la legislación local vigente en esta materia (art. 104 inc. 40 Constitución de la Provincia de Córdoba); lo que torna inconstitucional la Resolución N° 93/12 del Ministerio de Salud provincial, pues se violenta la estructura lógica y la jerarquía normativa establecida por la Constitución Provincial.

El argumento, en mi opinión, no es de recibo.-

Es cierto, y vale también apuntarlo, que en principio correspondería al Poder Legislativo de la Provincia la implementación de la cuestión que aquí nos ocupa (la Corte, incluso, insta a dictar normas de la más alta jerarquía al respecto). Sin embargo, no puede afirmarse que las leyes provinciales impidan la práctica de los abortos no punibles expresamente admitidos por la legislación nacional de fondo (el art. 86 del Cód. Penal), aún más luego de la interpretación sobre su constitucionalidad que la Corte ha efectuado recientemente. La Resolución 93/12 sigue, en lo medular, lo resuelto por unanimidad sobre la cuestión de fondo, y por la mayoría de los Vocales de la Corte en el mecanismo de implementación, motivo por el cual la interpretación dinámica que corresponde practicar no sólo sobre la Constitución, sino también sobre las leyes provinciales, debe partir de lo establecido en el art. 86 del Cód. Penal y lo que la Corte ha entendido sobre este último. Así las cosas, es claro que la Resolución Ministerial no vulnera la Constitución de la Provincia en lo atinente a cuestiones de rango normativo. Por ello, el argumento propuesto no puede ser recibido.-

c.- Cuestiones a decidir, a la luz de lo ya resuelto en relación al art. 86 del Código Penal. En el Considerando anterior me he expedido por la constitucionalidad del art. 86 del Código Penal, en función de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

Corresponde ahora ingresar al análisis y resolución del planteo de la parte actora, relativo a la Resolución 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia, y delimitar con precisión cuáles son las normas de dicha Resolución que deben ser valoradas, desde que ello se encuentra ineludiblemente condicionado por lo ya resuelto respecto del art. 86 del Cód. Penal, y varias partes de la Resolución Ministerial refieren (como es lógico) a esta última norma.-

La Resolución 93/12 establece un procedimiento, siguiendo los lineamientos establecidos por el fallo de la Corte, a fin de concretar los pasos a seguir para la práctica de los abortos no punibles.-

Resulta evidente que en todo lo atinente al art. 86 del Cód. Penal, la cuestión ya se encuentra resuelta en esta causa. Por tales razones, respecto a la norma de fondo del Código Penal, las disposiciones de la Resolución resultan ajustadas a derecho.

d.- Las consideraciones generales en la Resolución. Su validez. Rechazo de la acción de amparo. Entiendo que los arts. 1 y 2 del Anexo también resultan ajustados a derecho, en consonancia con la interpretación que, en forma unánime, la CSJN propone en el caso FAL.-

En el art. 1º se dispone que la guía será de aplicación para la asistencia sanitaria integral de prácticas de aborto no punible, contemplados en el artículo 86, incisos 1º y 2º del Código Penal ; que es el ámbito normativo respecto al cual se circunscribe el caso de autos.

En el art. 2º, se aclaran cuestiones de trascendencia.

En primer lugar, se adopta la interpretación amplia de la CSJN respecto a que todos los casos de violación quedan comprendidos en la norma, con prescindencia de la capacidad mental de la víctima.

Se establece además, como requisito de la presentación, la necesidad de que la víctima, o su representante (en su caso), deberá presentar una declaración jurada en la que se hará constar que su embarazo es producto de una violación, y que ello es la causa por la cual se solicita la práctica abortiva.-

Además se dispone la innecesariedad de la denuncia previa, cuestión respecto a la cual la CSJN se ha expedido en forma expresa en el mismo sentido. En relación al particular, entiendo que ello es razonable pues no surge de la norma de fondo tal requisito.

Se dispone, en cumplimiento de lo normado por la ley 25.629 la emisión del consentimiento informado, cuestión ineludible en toda práctica médica, y no sólo en la que nos ocupa. Se agrega, también en consonancia con las normas de fondo, que en el caso de incapaces de hecho será necesario el consentimiento informado de los representantes necesarios. Se aclara, asimismo, lo que la ley 25.629 establece como concepto y contenido del denominado consentimiento informado, que no es sino el resultado de un proceso de comunicación entre en el caso- el profesional médico y el paciente, quien luego de haber sido debidamente informado de todo aquello que es relevante para la práctica que se solicita, emite su manifestación de voluntad en forma plena, libre y reflexiva, garantizándose así el pleno conocimiento de todas aquellas circunstancias trascendentes que se encuentran implicadas para su persona.

Se establece, además, que la concreción de la práctica no debe dilatarse más de lo necesario, pero es claro que la cuestión, según las circunstancias del caso concreto, puede eventualmente demandar un tiempo que, de todas maneras, no debe atentar contra la prontitud y la seguridad en la práctica.-

Se agrega además que para la realización del aborto no punible, no es necesaria autorización de autoridad judicial o administrativa. Toda decisión que tome el médico tratante se basará, desde la óptica de la salud, exclusivamente en la situación de la mujer encinta. Únicamente con el consentimiento de la paciente, se dará información sobre el caso a otras personas que no sean los profesionales y/o autoridades intervinientes . Queda en claro, entonces, que se trata de una cuestión reservada únicamente a los médicos, y que no es necesaria autorización alguna de tipo administrativo, ni judicial.-

Se incorporan además disposiciones sobre el incumplimiento de los deberes profesionales de los médicos, la cuestión de la objeción de conciencia, y el procedimiento a seguir en los casos no contemplados en la guía, o que presenten dudas.

Como ya lo he señalado, nada cabe aquí observar, desde que todo lo normado por la resolución constituye una derivación de lo resuelto por unanimidad por la Corte, respecto a la cuestión de fondo. -

Por ello, en lo atinente a estas normas, la acción de amparo debe ser rechazada, lo que así decido.

e.- El procedimiento en el caso de peligro para la vida o salud. Su validez. Rechazo de la acción de amparo. En el art. 3.1, se dispone en forma detallada sobre los pasos a seguir en el caso del aborto del inc. 1º del art. 86 del Cód. Penal. Se establece, con detalle, las condiciones de atención, derivación, capacidad de la mujer, objeción de conciencia de los profesionales. También se disponen los lineamientos generales para la formulación del diagnóstico, y la necesaria intervención de un equipo interdisciplinario. También se dispone, en particular, nuevamente sobre el consentimiento informado, y la forma de su concreción. Se establece que el Estado brindará asistencia psicológica. En el art. 3.1.i, se dispone que El plazo para efectuar el procedimiento, no deberá ser mayor a diez (10) días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representante legal salvo que, por razones estrictamente médicas, al aborto deba postergarse .-

Caben aquí las mismas valoraciones efectuadas con anterioridad, aplicables mutatis mutandi a la problemática que ahora nos ocupa. Como puede verse, y a la luz de la validez constitucional del aborto en el supuesto del inc. 1º del art. 86 del Cód. Penal, se establece aquí un procedimiento en el que coherentemente con la situación de excepción que importa el aborto no punible en nuestro derecho vigente- se pretende la adopción de todos los recaudos necesarios para establecer la causal que habilita la práctica del aborto que nos ocupa, como así también las principales cuestiones anejas.

En definitiva, en lo atinente a estas normas también nada cabe aquí observar, desde que todo lo normado por la resolución constituye una derivación de lo resuelto por unanimidad por la Corte, respecto a la cuestión de fondo.

Por ello, en lo atinente a estas normas, la acción de amparo debe ser rechazada, lo que así decido.

10.- EL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE VIOLACIÓN. ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO. Distinta es la suerte que, en mi opinión, debe seguir el planteo relativo al procedimiento a seguir en el caso del aborto por violación. Entiendo que, analizando la situación jurídica en concreto, y de cara al conflicto de intereses jurídicos que se presenta en esta espinosa cuestión, la acción incoada por la parte actora debe prosperar, parcialmente, por considerar el suscripto que algunos (no todos) de los argumentos vertidos son procedentes. Doy razones.

a.- El punto de partida: la validez constitucional del aborto por violación. Aún a riesgo de pecar de reiterativo, nuevamente hago presente que ya me he pronunciado sobre la constitucionalidad del art. 86 inc. 2º, en su interpretación extensiva, propugnada por la Corte Suprema. En consecuencia, la totalidad de los argumentos invocados por la parte actora en lo atinente a la norma de fondo, no deben ser valorados a esta altura, pues ya han sido motivo de análisis y resolución, con anterioridad, en este mismo acto.-

b.- La normativa. Para una mejor comprensión del problema que se presenta en la situación que ahora nos ocupa, entiendo necesario efectuar una transcripción (aunque sintética) de cuál es el procedimiento completo que se dispone en la Resolución en crisis, desde que en el art. 3.2 se dispone que Deberá respetarse el mismo procedimiento descripto, reemplazando en el punto 3.1.-d) DIAGNÓSTICO los siguientes . -

En función de lo allí dispuesto, en caso de violación el procedimiento previsto se deberá materializar de la siguiente manera:

1.-a) ATENCIÓN DERIVACIÓN (se replica lo establecido en el procedimiento para el aborto terapéutico).

1.-b) CAPACIDAD (se replica).-

1.-c) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (se replica).

1.-d) El apartado DIAGNÓSTICO establecido para el aborto terapéutico, se reemplaza para el presente caso de aborto por violación, por las siguientes reglas:

DECLARACIÓN JURADA. Se deberá solicitar a la embarazada o su representante (según el caso) que manifieste, con carácter de declaración jurada, que el embarazo ha sido producto de una violación y que por esa causa solicita se le practique el aborto. Esta declaración debe ser incluida en la Historia Clínica de la embarazada y firmada por ella o su representante

(según el caso). Si la solicitante o su representante contaren con constancia de denuncia penal, se incluirá una copia de la misma en la Historia Clínica. En este último caso, deberán tomarse los recaudos necesarios para el resguardo de material genético.

ESTUDIOS. El médico tratante procederá a realizar los estudios que correspondan a fin de determinar si, desde el punto de vista médico, es viable proceder a interrumpir el embarazo, pudiendo convocar al equipo interdisciplinario, o realizar interconsultas. En el supuesto de que, a juicio del profesional interviniente, no sea posible realizar el aborto, ello deberá ser puesto en conocimiento de la mujer o de su representante legal, por escrito, inmediatamente, dejándose constancia en la Historia Clínica de tal circunstancia .-

1.-e) CONSENTIMIENTO INFORMADO (se replica).

1.-f) ASISTENCIA PSICOLÓGICA (se replica).

1.-h) REALIZACIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE (se replica).-

1.-i) PLAZO (se replica).-

c.- El nudo del problema. Ante lo expuesto, y debiéndose tener en cuenta lo resuelto hasta aquí en orden a la validez del procedimiento establecido para el aborto terapéutico, no cabe dudar de la validez, para el caso de aborto de violación, de los pasos replicados antes indicados.-

Ahora bien: las normas específicas relativas a la cuestión puntual de la violación, identificadas en la resolución como arts. 3.2.a) y 3.2.b) son las que deben ser objeto de valoración en este punto, en razón concretamente- que se cuestiona que la mera declaración jurada de la víctima basta para proceder a la práctica abortiva, sin otro recaudo más que los de la protección de la salud de la víctima de la violación.-

Esta es la cuestión medular en el caso que nos ocupa.-

d.- La divergencia de opiniones sobre el tópico en el seno de la Corte Suprema. Es, esencialmente, en este punto donde los caminos se bifurcan en el fallo de la Corte Suprema, como se indica a continuación.

1.- El voto mayoritario. En el voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, se establece: -

Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, Aborto sin riesgos. Guía Técnica y

de Políticas para Sistemas de Salud , OMS, 2003). 28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de casos fabricados , considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud. 29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual .-

2.- El voto de la Dra. Argibay. Esta Vocal del Máximo Tribunal, con relación a lo que ahora ocupa nuestra atención, señala:

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada. En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho

concedido a la mujer, obligando como ha ocurrido en este caso a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud .

3.- Las diferencias de criterio. De la lectura de ambos votos, puede sintetizarse una diferencia trascendente, en relación a los pasos a seguir para la práctica del aborto por violación.-

Se coincide en la constitucionalidad de la norma, su interpretación extensiva, y la innecesariedad de una denuncia penal previa, y autorizaciones administrativas y/o judiciales, que en los hechos- han llevado a que el art. 86 del Cód. Penal se convierta en letra muerta, pues el paso del tiempo en casos como los que nos ocupan, consolidan situaciones que luego impiden la ejecución de lo allí dispuesto.

Pero existe un contraste evidente.

Para la mayoría, y ante la inexistencia de requisitos específicos en la norma de fondo sobre la mecánica del procedimiento para llevar a cabo el aborto en el caso de violación, sólo es necesaria una declaración jurada y por cierto- la adopción de todas las medidas de resguardo para la salud de la mujer.

En cambio, para la Dra. Argibay, la situación demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención . Esto es: además de la solicitud (que puede equipararse a la declaración jurada), y del resguardo para la salud de la mujer (entre otras cosas, la prestación del consentimiento informado), los médicos deben verificar que el embarazo es producto de una violación. -

La diferencia se hace más evidente si se leen, comparativamente, ambos votos en todo su contexto, desde que la Dra. Argibay no efectúa las referencias específicas que la mayoría apunta sobre la eventual falsedad en la declaración jurada, entre otras cuestiones.-

e.- El camino seguido por la Resolución 93/12. No cabe dudar, de la lectura de la Resolución Ministerial en crisis, que se ha optado por seguir los lineamientos establecidos por el voto mayoritario, en la cuestión que ahora nos interesa, desde que, en definitiva, en el art. 3.2.a) se dispone únicamente sobre la declaración jurada de la víctima (o sus representantes legales, en su caso), y los eventuales resguardos en el caso de la existencia de una denuncia penal; en tanto que en el art. 3.2.b) se dispone sobre algunas de las prácticas tendientes a la protección de la salud de la mujer.

f.- La solución del caso, a la luz de la ideología constitucional y en función del conflicto de los intereses jurídicos que se encuentran implicados. En razón de todo lo señalado hasta aquí, y sin perjuicio de mi respecto y altísima consideración por la opinión de quienes han conformado el voto mayoritario, adelanto que entiendo que la necesidad de la verificación por los profesionales médicos, respecto a la existencia de la violación, constituye un requisito ineludible para habilitar la práctica del aborto por esta causal. -

En consecuencia, entiendo que la regulación normativa que dispone que basta únicamente la declaración jurada es insuficiente, y la norma deviene inconstitucional, pues afecta, o puede afectar con riesgo cierto, el otro interés jurídico en conflicto en el caso que nos ocupa, también de rango constitucional: el derecho a la vida del nasciturus que, de acuerdo a lo que

se dispone en nuestro Ordenamiento Jurídico vigente en la actualidad, prevalece por sobre la intención de abortar cuando el embarazo no ha sido producto de una violación.

A continuación, doy las razones que sustentan la posición que asumo.

g.- El punto de partida: un severo conflicto de intereses jurídicos. Previo a toda otra consideración, conviene dejar en claro una cuestión que constituye el punto de partida ineludible, las bases de la situación jurídica a la que nos enfrenta el caso de autos.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente el conflicto que aquí se plantea enfrenta a dos intereses jurídicos (no de hecho) de raigambre constitucional: el Derecho a la Vida de la Persona por Nacer; y el Derecho a la Vida y la Salud de la mujer embarazada, producto esto último de una violación. -

Por cierto que existe, además, una multiplicidad de derechos anejos a los recién indicados, como las partes (y los demás intervinientes en la causa) lo han señalado; en particular en cabeza de la mujer, cuya confluencia en definitiva contribuye a sustentar la constitucionalidad del aborto por violación, en los términos del art. 86 del Cód. Penal. Sin embargo, el encuentro crucial se produce entre los Derechos de raigambre constitucional indicados en primer término.-

1.- Existe una cuestión que se encuentra zanjada, en función de lo dictaminado por la Corte Suprema respecto al art. 86 del Cód. Penal. El Derecho a la Vida de la Persona por Nacer no es absoluto, desde que cede en los casos de abortos no punibles del art. 86 del Cód. Penal.-

2.- Sin embargo, es claro que en nuestro derecho vigente hoy existe una preeminencia tanto cualitativa como cuantitativa del Derecho a la Vida de la Persona por Nacer, pues únicamente cede en los casos excepcionales del art. 86 del Cód. Penal.

3.- En este orden de ideas, no cabe dudar de que el fruto de la concepción es, en nuestro ordenamiento, una Persona (arg. arts. 63 y 70 del Cód. Civil), esto es, un sujeto de derechos, distinto de los demás, con personalidad propia, y titular de múltiples derechos, tanto de índole patrimonial como extrapatrimonial.-

En doctrina, tanto jurídica como científica, y también en el ámbito de la filosofía, la cuestión se encuentra hartamente discutida. No corresponde aquí hacer un repaso de las diversas posiciones, pues en nuestro derecho positivo la regulación de la cuestión es terminante y no deja lugar a dudas. Lo propio acontece con el Derecho a la Vida, desde el momento mismo de la concepción, como se ha marcado por los intervinientes en esta causa, a lo que remito.-

Por tales razones, no es posible predicar, desde el punto de vista legal, analizando nuestra legislación vigente, que el concebido no es persona, y que se trata nada más que de un organismo viviente, o una parte del cuerpo de la mujer gestante, y sin derecho alguno. Todo lo contrario. Las normas, tanto las supranacionales, como las internas, no dejan lugar a dudas sobre cuál es la posición que se adopta al respecto (lo que, claro está, no importa per se reconocerle un derecho absoluto a la vida, como queda patente de cara al art. 86 del Cód. Penal). Se trata de un ser distinto, de un alter, esto es, de un otro, que si bien (aún en las ciernes de su desarrollo) se encuentra dependiendo absolutamente de su gestante, no por ello deja de ser una persona, jurídicamente hablando, y con todo lo que ello implica.

Distinto es el problema relativo al concepto de concepción, que ha generado amplísimos debates, aún (y también, como en varios concernientes a nuestro tema) irresueltos. Pero, con

independencia de ellos, si el fruto de la unión de los dos gametos se encuentra en el seno materno, no cabe dudar ni discutir que se trata de una Persona, como claramente surge de los arts. 63 y 70 del Cód. Civil. Incluso, en el reciente Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial, en el art. 19 se ratifica lo señalado, y la discusión se traslada a otro plano: la situación jurídica de los embriones no implantados, producto de la fertilización asistida. Así las cosas, en lo que ahora a nosotros nos interesa (aborto en caso de violación), siempre la persona se encontrará dentro del seno materno, por lo cual todas las cuestiones aquí enunciadas en nada inciden.-

4.- De cara a esta situación (esto es, la calidad de Persona respecto al concebido en el seno materno), la figura del aborto del art. 86 se presenta como una clarísima excepción al delito consagrado en el artículo anterior, el 85.

5.- En efecto, en el art. 85 del Cód. Penal, en consonancia con la protección del Derecho a la Vida del Nasciturus, se consagra como un delito al aborto (de hecho, se encuentra en el Capítulo destinado a la regulación de los Delitos contra la Vida ). Lo propio sucede en los arts. 87 y 88.

La regla es, pues, clara. Se trata de dar muerte a una Persona (se encuentra dentro del Título I de la Parte Especial, Delitos contra las Personas ), conducta punida en esta parte del Cód. Penal, que dispone sobre los delitos más graves, que son los primeros que se regulan en la Parte Especial del Cód. Penal.

6.- Esta regla, admite una excepción: el aborto no punible del art. 86. Por ser tal (una excepción) es de carácter restrictivo. De hecho es así, ya que sólo en dos supuestos no es punible: en el caso del aborto terapéutico, y en el caso del aborto habiendo mediado violación de la gestante.-

7.- En su Voto, la Dra. Argibay recalca esta circunstancia: la calidad de excepción del aborto no punible. Entre otras cosas, señala: 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) .

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

Por último, señala: Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo esto es, el hecho antijurídico precedente, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer .-

8.- En definitiva: el conflicto de intereses jurídicos, entre los derechos de dos personas (el por nacer y la gestante) es por demás evidente. La regla, pues, es la preponderancia de los derechos de la persona por nacer; la excepción, consagrada en el art. 86 del Cód. Penal, brinda primacía a los derechos de la gestante (también de raigambre constitucional), que en los casos del art. 86 son preferidos.-

h.- Derivaciones de la situación de excepción: su necesidad de acreditarla. De cara a lo expuesto, y por tratarse de una situación de excepción, resulta evidente que debe ser debidamente acreditada.

Esta, tal vez, sea la cuestión que ha provocado (además, claro está, de la vinculada con la constitucionalidad misma de la norma) los mayores problemas, derivados de algo que la Corte también advierte y define (por unanimidad): el Cód. Penal no establece requisitos específicos, motivo por el cual no es necesario solicitar autorización alguna, ni administrativa, ni judicial, para la práctica de los abortos no punibles. -

Cabe observar, empero, que esta indefinición en la letra de la norma de fondo, ha causado que muchos profesionales (aún en el caso de los abortos terapéuticos) solicitaran autorización judicial (y mucho más, en casos de violación), lo que se traducía en una demora que, en definitiva, frustraba la posibilidad de la práctica abortiva. Además, y si bien no corresponde aquí efectuar un repaso del problema, han existido denuncias en contra de los profesionales que no requerían tales autorizaciones, y otro tipo de acciones que en los hechos paralizaban su accionar. También, los diversos vaivenes jurisprudenciales y normativos sobre el aborto, contribuyeron a generar esta situación. Este fenómeno se ha prolongado por años, y sin que el Legislador se hiciera cargo del problema, como antes lo indiqué, resolviendo normativamente un problema gravísimo, que requería de normas explícitas.-

Pero la Corte ha resuelto la cuestión central: no es necesaria autorización de autoridad alguna, ni denuncia penal respecto al delito de violación.

De todas maneras, ello no obsta a considerar que el hecho de la violación, que es el presupuesto fáctico base, necesario e ineludible para poder practicar el aborto, no deba ser acreditado.

En rigor de verdad, lo que la unanimidad de los miembros de la Corte deja absolutamente en claro es que no son necesarios, porque la ley no lo dispone, los procedimientos que usualmente se empleaban, y que llevaban lisa y llanamente a la frustración del Derecho invocado por la gestante y, reitero, a que el art. 86 del Cód. Penal fuera letra muerta.

Pero, en mi opinión, se mantiene en los miembros de la Corte el criterio de que debe acreditarse la causal en razón de la cual el aborto no es punible; aunque los Vocales lo definen de manera diferente.

i.- La sola declaración jurada. Su insuficiencia para el caso de autos. Lesión del Derecho a la Vida de la Persona por nacer. Sentadas las bases anteriores, llego a la conclusión de que la sola declaración jurada establecida en la Resolución 93/12 es insuficiente para tener por acreditada la violación de la mujer, presupuesto básico, indispensable e ineludible para proceder a la comisión de un aborto no punible.

1.- En efecto, la declaración jurada es una manifestación unilateral, hecha bajo fe de juramento, sobre un hecho propio de quien la emite (en el caso, la violación de la mujer).

Constituye, desde el punto de vista jurídico (recuérdese que aquí nos encontramos ante un conflicto de intereses jurídicos) un acto jurídico (art. 944 del Cód. Civil) unilateral (art. 946 del Cód. Civil), que produce efectos desde su emisión, en la forma prescripta por la ley (en el caso, aún verbalmente, pero debe quedar asentada por escrito, ya que debe ser incluida en la Historia Clínica y debe ser firmada por el declarante).-

2.- Desde el punto de vista objetivo, esto es, en cuanto a la autenticidad del hecho relatado por el declarante, no puede sino concluirse que generan una presunción de veracidad que es *iuris tantum*, esto es, una presunción que puede ser enervada por prueba en contrario. A veces las leyes establecen presunciones *iure et de iure*, pero éste no es el caso, en general, de las declaraciones juradas; y menos en el supuesto que nos ocupa desde que, como ya se indicara, el Cód. Penal no establece requisito alguno, en forma expresa, respecto a lo que ahora analizamos.-

3.- Así las cosas, y si bien no puede afirmarse con carácter absoluto que el declarante mienta (los casos fabricados a los que hace referencia el voto mayoritario), tampoco por la misma razón- puede afirmarse con carácter absoluto que el declarante diga la verdad (de hecho, la misma mayoría en el fallo advierte tal posibilidad, a título de hipótesis y por ello, probable-, aunque le resta dirimencia a la cuestión en la situación del aborto por violación).

4.- Ante tal situación, entiendo que en función del severo conflicto de intereses que presenta el supuesto bajo examen, ante el altísimo valor de los intereses jurídicos en conflicto (ambos Derechos Humanos, de raigambre constitucional), y frente a la circunstancia de que el aborto no punible en caso de violación es un supuesto excepcional a la regla legal de la punibilidad del aborto (en nuestro sistema legal), la sola declaración jurada se revela como insuficiente para garantizar que no se cometan abortos punibles.-

5.- En efecto, se trata de un conflicto de intereses entre dos personas, de aquellos conflictos-límite, en donde la salvaguarda de un interés jurídico que se considera preponderante, importa necesariamente el sacrificio de otro que tiene, también, altísimo valor. Pero que cede frente al que se entiende superior.

Ante esta circunstancia, no caben dudas de que debe interpretarse (a la luz de la ideología constitucional que subyace en el reconocimiento y protección de ambos intereses jurídicos) que corresponde extremar algunos recaudos a fin de garantizar que el interés jurídico postergado sea el que realmente debe ceder.-

De lo contrario, los interesados podrían faltar a la verdad, y en el marco legal vigente, vale reiterarlo- cometer un delito, de los más graves, como ya se ha analizado.-

Y así como, con anterioridad, frente al cúmulo de requisitos y obstáculos que existían (indebidamente) para la práctica del aborto no punible, en los hechos se frustraba su concreción, pues el paso del tiempo tornaba irremediable el estado de cosas; la situación inversa, de cara a una declaración jurada, se presenta de igual manera, y también de manera irremediable. Es que no se trata de punir un delito (el aborto), sino de evitar su comisión.

Ello pues, en función del rango cualitativo de los derechos en juego, el análisis y la solución del conflicto no puede hacerse sesgando la mirada, en el sentido de contemplar únicamente (o prioritariamente, pero en exceso) a uno de sus extremos. Por el contrario, la valoración integral que se reclama, impide prescindir de las circunstancias apuntadas.-

6.- La consecuencia de lo recién señalado se proyecta en una circunstancia que no es de menor entidad: aún quien puede invocar un derecho y ejercerlo, debe necesariamente soportar algunas limitaciones, que permiten equilibrar adecuadamente el conflicto de intereses que se presenta. Más aún, en casos como el que nos ocupa. En concreto: se trata de una excepción, de interpretación restrictiva, y para que sea viable, es necesario acreditar el presupuesto fenomenológico que constituye su base de sustentación: la violación.

Repárese que en el caso del aborto terapéutico, la Resolución 93/12 establece toda una serie de procedimientos médicos, para determinar tal base fáctica: el peligro para la salud o la vida de la madre. En el art. 3.1.d) se dispone con detalle la determinación de una situación que se considera excepcional, desde que se debe determinar si existe o no un tratamiento alternativo, y además que el peligro para la vida o la salud es consecuencia del embarazo o que el mismo contribuye a agravar dicho peligro .-

En el caso del aborto por violación, en la Resolución se tiene por acreditado el hecho fundante con la sola declaración jurada, lo que, por lo señalado con anterioridad, se revela como insuficiente de cara al serio riesgo en la comisión de un grave delito. Es tal circunstancia la que justifica la adopción de un mayor recaudo, desde que en el caso de concretarse un aborto no permitido por la ley, el daño es irreparable; desde que, sin perjuicio de que eventualmente con posterioridad se condene a los responsables penales, lo cierto es que la lesión al Bien Jurídico protegido se habrá producido, sin que sea posible su restablecimiento.-

7.- En estos últimos tiempos, en el ámbito del Derecho de Daños, han cobrado inusitado auge los Principios de Prevención y Precaución (particularmente en el Derecho Ambiental y de los Consumidores), consagrando las diversas normas ciertas medidas que buscan evitar la causación de daños, mediante la adopción de conductas a priori. La conveniencia de este tipo de conductas preventivas es manifiesta, y así lo han expresado la doctrina y la jurisprudencia, en el entendimiento de que de nada sirve una reparación (que generalmente es económica) frente a las consecuencias y proyecciones de la situación dañosa, siendo jurídicamente más importante prevenirla que resarcirla (piénsese, por ejemplo, en la causación de daños a la salud por contaminación ambiental).

Este concepto cobra tanta, o mayor relevancia en el ámbito de los derechos que se encuentran comprometidos en el caso de autos: es que la pérdida de la vida de la persona por nacer es irreparable, se trata de un derecho del más alto rango, y la prevención es un elemento axial del problema.-

j.- La verificación por el Equipo Interdisciplinario tratante como requisito suficiente para la práctica del aborto por violación. Su trascendencia e implicancias. Llegados a este punto del análisis, la solución del conflicto de intereses pasa por adoptar el único recaudo realmente necesario para la práctica del aborto por violación: la verificación por parte un Equipo Interdisciplinario de que el embarazo es producto de una violación, y la emisión del consentimiento informado por parte del solicitante.

1.- Se trata, reitero, de la constatación de elementos fácticos, que como lo señala la Dra. Argibay en su Voto- resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención , ya que no se trata aquí de punir otro delito (la violación), sino de determinar si se verifican realmente las condiciones para la comisión de un hecho que no es punible, por excepción.

2.- A esta solución se critica (y así lo han manifestado algunos de los intervinientes de la causa) que tales indagaciones (las que excedan de cualquier manera el requisito único de la

declaración jurada) importan un sometimiento de la víctima de violación a un nuevo trance, que sería innecesario, además de los que ya debe sufrir por la situación en la que se encuentra inmersa; y que ello se traduciría en la violación de otros derechos, también de raigambre constitucional.

3.- Esta cuestión, analizada exclusivamente desde la óptica de la víctima de la violación, traduce un posicionamiento que no respeta valoración integral que se reclama del problema, a la luz de la difícil confluencia de los intereses en conflicto.

4.- Por empezar, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en la Resolución 93/12, abstrayéndonos de la cuestión que ahora nos ocupa, la práctica del aborto en caso de violación no constituye un procedimiento médico que demande unos pocos minutos u horas, sino todo lo contrario. He señalado más arriba que para este supuesto, se replican en la norma en crisis todos los pasos establecidos para el caso del aborto terapéutico, con excepción de la cuestión vinculada al Diagnóstico, que es la única (y trascendental) diferencia entre ambos, pues la práctica es la misma.

Así, rigen las normas que disponen sobre (sigo el orden de la norma): a) ATENCIÓN DERIVACIÓN; b) CAPACIDAD; c) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA; e) CONSENTIMIENTO INFORMADO; f) ASISTENCIA PSICOLÓGICA; h) REALIZACIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE; i) PLAZO.

Se trata, en definitiva, de un procedimiento muy complejo, en el que están implicadas múltiples cuestiones que hacen a la salud de la mujer y que, por su naturaleza, demanda ciertos tiempos para su correcta concreción. Y no cabe dudar que va de suyo que ante la obligatoriedad de cumplimentar tales recaudos, la existencia de la causa por la cual se solicita el aborto (la violación) se hará evidente; pues la atención que debe dispensarse a la mujer, necesariamente comprenderá también tal circunstancia. Vale recordar, además, que en los casos de violación (cuando se judicializan) las pruebas esenciales son, precisamente, las diligencias médicas y psicológicas que se practican en la persona de la víctima del delito.-

Cabe preguntarse qué ocurriría, en el marco de lo que se dispone en la Resolución 93/12, si por ejemplo- en el proceso de formación del consentimiento informado, o bien durante la atención integral que debe brindarse desde el primer momento (art. 3.1.f), o efectuándose las prácticas médicas de rigor, los profesionales determinaran que no existió una violación: ¿podrían negarse a practicar el aborto, de cara a una norma que establece únicamente el requisito de la declaración jurada? El conflicto sería realmente grave, y nuevamente no lo dudo- se replicarían las situaciones obstativas a la práctica del aborto que se pretende evitar. Es que si el Equipo Interdisciplinario que se estatuye corroborara tal circunstancia, no cabe dudar de que quien practicara el aborto estaría cometiendo un delito (art. 85 del Cód. Penal); y perseguible, incluso, de oficio (art. 71 del Cód. Penal).-

Por otra parte, y ante los importantes recaudos que la propia Resolución 93/12 establece para la atención de la mujer que solicita la práctica de un aborto por violación, va de suyo que toda la atención que la norma manda a dispensarle no la revictimiza, ni la expone a tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino que por el contrario- se practican con la finalidad opuesta. No cabe dudar que, de dicha atención integral (así lo dispone la norma), resultará evidente para el Equipo Interdisciplinario si la violación existió o no. Por tal razón, nada se agrega a la situación que tiene que padecer la mujer, y con lo expuesto se logra equilibrar, razonablemente, el conflicto de intereses.

5.- En último caso, si lo señalado se entendiera como una limitación al derecho de la mujer a solicitar la práctica del aborto, tal restricción encuentra su razón de ser en el altísimo valor jurídico del otro extremo del conflicto, el derecho a la vida de la persona por nacer, también de raigambre constitucional. Es que se trata del conflicto, reitero, de Derechos Humanos. Y tal limitación, de entenderse como tal, resulta razonable (arg. art. 28 de la Constitución Nacional).-

Es que, a esta altura, resulta claro que ninguno de los derechos aquí en juego es absoluto. Todos se encuentran limitados, en más o en menos, y de diversa manera, y con matices particulares. La adecuada solución de este delicadísimo conflicto de múltiples intereses, a la luz del ideario constitucional, así lo impone.

6.- Por cierto que diferente sería la solución si no existiera, en nuestro derecho hoy vigente, el delito de aborto (esto es, si el aborto estuviera permitido en todos los casos). En tal supuesto, el derecho a la autodeterminación reproductiva que también se ha invocado por quienes resisten la pretensión del amparista, debería ser valorado de otra manera, y bajo otros prismas. Pero, reitero, nuestra ley vigente reconoce la calidad de Persona al nasciturus, y su Derecho a la Vida es prevalente, pues sólo cede en el caso contemplado en el art. 86 del Cód. Penal.

7.- Cabe apuntar, pues las partes han hecho específica y reiterada referencia, que la cuestión de la eventual Responsabilidad Internacional del Estado Argentino por la problemática que nos ocupa no puede ser únicamente valorada desde la óptica propuesta por quienes resisten la pretensión de la parte actora. -

Si bien, eventualmente, podría existir la responsabilidad que se denuncia ante la limitación al acceso a la práctica del aborto no punible (siempre, claro está, de acuerdo a lo que en nuestra legislación interna se entiende por tal), también podría existir similar responsabilidad internacional en el caso en que se cometieran abortos punibles.

Es que, en ambos casos, se trata de Derechos Humanos, y su violación puede dar lugar, en cualquiera de los dos supuestos, a responsabilidad internacional.

Como ya lo he señalado, la raíz del problema se encuentra en la mora del legislador, que ha provocado los vaivenes ya relatados, y la necesidad de que, finalmente, sea el Poder Judicial el que brinde las respuestas que, de acuerdo a lo analizado hasta aquí, son de complejísima formulación, no existiendo (como queda patentizado) soluciones definitivas, aún en el seno de la misma Corte Suprema.

k.- Conclusión en este punto. Por todo lo expuesto, llego a la conclusión de que debe hacerse lugar parcialmente a la acción de amparo incoada por la parte actora en lo que concierne a la cuestión aquí analizada, declarando la inconstitucionalidad de la Resolución 93/12 únicamente en su art. 3.2.a, en cuanto prescribe que para la práctica del aborto no punible en caso de violación (art. 86 inc. 2º del Cód. Penal) el único requisito es la manifestación, con carácter de declaración jurada por parte de la embarazada o su representante (según el caso), que el embarazo ha sido producto de una violación y que por esa causa solicita se le practique el aborto; declarándose, en consecuencia, la inaplicabilidad de dicha norma por inconstitucional.-

Por tales razones, exhorto a la demandada a establecer un mecanismo que adecuadamente, y siguiendo los lineamientos establecidos, disponga la conformación de un Equipo

Interdisciplinario que, al ser requerida la intervención, verifique adecuadamente que el embarazo es producto de una violación y quede así consignado en la Historia Clínica que debe labrarse, estableciendo el procedimiento a tal fin; caso en el cual se encontrarán debidamente garantizada la debida protección y salvaguarda de todos los derechos en conflicto.-

11.- CONCLUSIÓN DEFINITIVA. Por todo lo señalado corresponde:

a.- Rechazar la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal. b.- Rechazar la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 , para el caso de abortos no punibles contemplados en el art. 86 inc. 1° del Código Penal ( PROCEDIMIENTO EN CASO DE PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD ).-

c.- Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 , para el caso de abortos no punibles contemplados en el art. 86 inc. 2° del Código Penal ( PROCEDIMIENTO EN CASO DE VIOLACIÓN), declarando la inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 3.2.a) ( DECLARACIÓN JURADA ) del Anexo 1 , ya transcrito, en cuanto prevé como único requisito para acceder a la práctica abortiva la manifestación de voluntad allí regulada, y de acuerdo a lo establecido en el Considerando pertinente.-

d.- Exhortar a la demandada PROVINCIA DE CÓRDOBA a establecer un mecanismo que adecuadamente, y siguiendo los lineamientos establecidos en esta resolución, disponga la conformación de un Equipo Interdisciplinario que, al ser requerida la intervención, verifique adecuadamente que el embarazo es producto de una violación y quede así consignado en la Historia Clínica que debe labrarse, estableciendo el procedimiento a tal fin, de acuerdo a lo indicado en el Considerando pertinente. 12.- COSTAS. HONORARIOS. La naturaleza de la cuestión debatida, las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales evidenciadas, y la admisión parcial de la acción, me llevan al convencimiento de que es justo imponer las costas por el orden causado, lo que así decido. La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes se difiere hasta tanto exista base cierta para ello.

Por todo lo expuesto, normas legales citadas, sus concordantes y correlativos,

RESUELVO:

I.- Rechazar la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal. II.- Rechazar la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 , para el caso de abortos no punibles contemplados en el art. 86 inc. 1° del Código Penal ( PROCEDIMIENTO EN CASO DE PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD ).-

III.- Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo incoada por PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO en contra de la PROVINCIA DE CÓRDOBA en cuanto pretende la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucional, en todo el territorio de la Provincia, de la Resolución N° 93/12, del 30 de marzo de 2.012, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba incluyendo también su Anexo 1, la llamada Guía de 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 , para el caso de abortos no punibles contemplados en el art. 86 inc. 2° del Código Penal ( PROCEDIMIENTO EN CASO DE VIOLACIÓN), declarando la inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 3.2.a) ( DECLARACIÓN JURADA ) del Anexo 1 , ya transcrito, en cuanto prevé como único requisito para acceder a la práctica abortiva la manifestación de voluntad allí regulada, y de acuerdo a lo establecido en el Considerando pertinente.-

IV.- Exhortar a la demandada PROVINCIA DE CÓRDOBA a establecer un mecanismo que adecuadamente, y siguiendo los lineamientos establecidos en esta resolución, disponga la conformación de un Equipo Interdisciplinario que, al ser requerida la intervención, verifique adecuadamente que el embarazo es producto de una violación y quede así consignado en la Historia Clínica que debe labrarse, estableciendo el procedimiento a tal fin, de acuerdo a lo indicado en el Considerando pertinente.

V.- Imponer las costas por el orden causado, y diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto exista base cierta para ello.-

Protocolícese, hágase saber y dése copia.-