

RESUMEN FALLO “PORTAL DE BELEN”¹

Por *Eduardo Santiago Caeiro* (*)

María del Mar Gallo (**)



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020\(3\)09](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020(3)09)

¹ Artículo recibido el 3 de septiembre de 2020 y aprobado para su publicación el 22 de septiembre de 2020.

(*)

(**)

DATOS DE LA CAUSA

Sede: Ciudad de Córdoba.

Dependencia: Tribunal Superior de Justicia en pleno (Secretaría Electoral y de Competencia Originaria).

Autos: “Portal de Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba - amparo”, expediente n.º 2301032/36 - hoy 5597080.

Resolución: Sentencia n.º 24.

Fecha: 18/12/2018.

Jueces: Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc Gerzicich de Arabel, Claudia Elizabeth Zalazar, Julio Ceferino Sánchez Torres y Silvana María Chiapero.

SÍNTESIS DE LA CAUSA

La parte actora interpuso acción de amparo en contra de la Provincia de Córdoba, a fin de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la resolución ministerial que reglamenta la guía de atención a pacientes que solicitan la práctica de abortos no punibles en caso de violación. El tribunal de primera instancia acogió parcialmente la pretensión, sólo en torno a la reglamentación de la guía que prevé como único requisito para acceder al aborto en caso de violación la declaración jurada de la peticionante de dicha práctica. Apelada dicha decisión, la cámara interviniente hizo lugar parcialmente a la apelación de la parte actora –por lo que declaró inconstitucional la totalidad de la guía– y rechazó las apelaciones de la demandada y el tercero coadyuvante. Finalmente, interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno y por mayoría, admitió dicho recurso y resolvió sin reenvío el rechazo de la acción de amparo.

**VOTO DE LA MAYORIA (LOS SEÑORES VOCALES, DOCTORES
AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, MARÍA
DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL Y SILVANA MARÍA
CHIAPERO)**

Se destacan a continuación los principales argumentos y determinaciones adoptadas por el voto mayoritario, en lo que consideramos de relevancia a destacar a los fines del análisis del presente trabajo.

LEGITIMACION ACTIVA Y CONCEPTO DE CASO COLECTIVO:

El voto mayoritario desconoce la legitimación activa de la Asociación Portal de Belén, basado en los siguientes argumentos

- 1) EN EL PRESENTE CASO NO HAY UN CASO COLECTIVO EN PROPIEDAD SI NO UNA MERA DISCREPANCIA SUBJETIVA CON LAS DISPOSICIONES DE ABORTO NI PUNIBLES PREVISTAS EN EL ART 86 INC 1 Y 2 DEL CP

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

solo trasuntan opiniones jurídicas personales en el marco de una vía procesal restringida (como la del amparo) que no es la idónea para semejante planteamiento que, por otra parte, ya ha sido resuelto por la CSJN en “F., A. L.”. La mera invocación genérica de los intereses difusos del colectivo que estaría compuesto por las personas por nacer, a partir de la defensa de la vida desde la concepción, que constituye uno de los objetivos fundacionales de la asociación demandante, no basta para tener por configurado un caso judicial colectivo. El actor confunde caso colectivo (condición para el dictado de una sentencia con efectos expansivos) con su interpretación personal de que el artículo 86 (incisos 1 y 2) del Código Penal habría quedado derogado tácitamente y con efectos generales (expansivos). No hay posibilidad de colectivizar, en bloque, situaciones intransferibles en su configuración y significación sin afectar derechos personalísimos de las víctimas de dicho acto antijurídico, a las que el legislador –más allá de los esquemas de valores y preferencias personales, como el de la accionante o los nuestros mismos como magistrados- ha decidido priorizar por medio del artículo 86, inciso 2, del Código Penal

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

Solo la mujer, víctima de un abuso sexual con acceso carnar, del ataque contra su dignidad y libertad de autodeterminación, estaría legitimada –por ejemplo- para cuestionar aspectos de la regulación normativa sobre la materia si considerara que constituyen una carga desproporcionada para el ejercicio del derecho de llevar adelante la práctica autorizada, en condiciones de seguridad, higiene, celeridad y privacidad. En esta hipótesis están en juego derechos intransferibles, que no son disponibles por otros que no sean la

propia interesada y que, por ende, no son susceptibles de ser representados colectivamente –menos por medio de acciones judiciales, como la sustanciada en estos autos, que busquen restringirlos o desconocerlos. El intento de la parte actora de colectivizar estas tragedias humanas parte de un supuesto improbable: que todas las mujeres que hipotéticamente sean víctimas de una violación en Córdoba y que hayan quedado embarazadas decidirán abortar. Frente a esta conjetura y partiendo de que el aborto es siempre un delito, pide que se le reconozca legitimación extraordinaria y colectiva para conjurar ese peligro en nombre de las personas por nacer, con lo que la asociación Portal de Belén terminaría subrogando a todas las mujeres (víctimas de un delito) y relevándolas del derecho personalísimo de decidir sobre si continuar con la gestación o interrumpirla sin consecuencias penales, tal como el legislador les permite. Por esta vía, la asociación desplazaría la voluntad de las mujeres (fueran capaces o no) y se erigiría –de forma oblicua y tácitamente- en una suerte de representante legal de ellas.

3) CASOS PREFABRICADOS: LOS UNICOS CON LEGITIMACION ACTIVA EN ESTA HIPOTESIS SON LOS REPRESENTANTES PROMISCUOS QUE POR TURNO CORRESPONDAN

La actora invoca que la guía podría ser el paraguas para fabricar casos que no respondieran a la hipótesis contemplada por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal (f. 112 vta.); es decir, para llevar adelante abortos a toda costa, aun cuando no mediara en realidad un abuso sexual con acceso carnal del cual el embarazo fuera la consecuencia; en dicha hipótesis, en la que pudiera verse damnificada una persona por nacer en concreto y no mediara una habilitación legal, se debería dar intervención al representante promiscuo que por turno correspondiera (art. 103, inciso b.i, CCC) para que ejerciera la defensa en particular de los derechos del nasciturus que pudieran ser afectados efectivamente por una tentativa de interrupción de la gestación al

margen de las condiciones detalladas por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal.

Por las razones expuestas se deja sin efecto la sentencia de cámara, en cuanto la misma había partido del presupuesto de que la parte actora contaba con legitimación para instar una acción de amparo en clave colectiva, en los términos del artículo 43, segundo párrafo de la CN. Se procede revocar in totum la resolución de la Cámara, que había concluido que la demanda de Portal de Belén era formalmente admisible y sustancialmente procedente. Como consecuencia de esto, resulta inoficioso y deviene abstracto el tratamiento del resto de los agravios formulados en sus respectivos recursos de casación por la parte demandada (Provincia de Córdoba) y por la tercera interesada (Asociación Civil por el Derecho a Decidir), como de inconstitucionalidad, por la tercera.

**VOTO EN DISIDENCIA DE LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES
LUIS ENRIQUE RUBIO Y CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR**

LEGITIMACION ACTIVA Y CONCEPTO DE CASO COLECTIVO:

El voto en disidencia analizado reconoce legitimación activa de la Asociación Portal de Belén, basado en los siguientes argumentos:

- 1) **LA LEGITIMACION CUANDO SE DISCUTEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEBE ENTENDERSE EN SU SENTIDO MAS AMPLIO**

Ante controversias como las que se ventilan en estos autos, dada la magnitud de los derechos fundamentales en disputa, no hay que perder de

vista que la legitimación, además de ser un concepto netamente procesal, tiene detrás de sí un “subsuelo constitucional del cual aquél debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal”²[73]. En otras palabras, sin desatender las particularidades de cada causa, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia -y, por ello mismo, de pertenencia difusa-, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas. En otras palabras cuando ciertos bienes o derechos de incidencia colectiva están en juego la evaluación de la legitimación –en tanto llave para abrir el proceso- debe efectuarse de forma amplia para no frustrar el conocimiento de la cuestión constitucional que pudiera estar detrás

2) EXSITENCIA DE CASO COLECTIVO

Si la Constitución de la Provincia brinda un especial énfasis a la protección de la vida en su nivel más general y común a todos, desde la concepción (arts. 4, 19, [inciso 1], y 59), sería un contrasentido que no se habilitara un mecanismo procesal para defender –con iguales alcances generales- cualquier peligro que pudiera significar un desconocimiento total o parcial de dicho derecho, el primero, en el que se asientan todos los demás. Resulta indudable que, en estos autos, se encuentra en discusión la constitucionalidad de una guía o protocolo que, al regular de forma general el procedimiento para que las mujeres encuadradas en los supuestos enunciados por el artículo 86 (incisos 1 y 2, con la interpretación ampliada por la CSJN en el caso “F., A. L.”) del Código Penal puedan acceder a la práctica del aborto no punible, tendría indudable impacto en el especial énfasis que la CP dispensa a la

protección de la vida desde la concepción. Por ello, luce indiscutible que la resolución cuestionada concierne al colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer que resultaría damnificado por la interrupción de la gestación, que operaría como consecuencia de la práctica que pretende regular la guía en debate.

3) LA INEXISTENCIA DE UN CASO CONCRETO NO IMPIDE LA CONFIGURACION DEL CASO COLECTIVO

De acuerdo con la demandada, al no haberse acreditado que una mujer en concreto haya solicitado la práctica autorizada por el artículo 86, inciso 2 del Código Penal, de conformidad con la guía prevista por la Resolución n.º 93/12, como consecuencia necesaria, tampoco ha podido probarse la existencia de alguna persona próxima a nacer que pudiera verse damnificada por dicho requerimiento, razón por la cual –según dicha parte- “[t]odo lo que se habla y dice en la resolución en crisis es en potencialidad, no en concreto” (f. 1210 vta.). Más allá de lo efectista que, a priori, parece lucir el argumento, no le asiste razón a la recurrente. Ello, porque la prueba que demanda a la actora para que –según su visión- se pueda configurar un caso judicial con actualidad, no ya con carácter hipotético, es de las que suelen denominarse imposibles o diabólicas.

A la lógica privacidad y reserva que debe caracterizar a una práctica como la que supone un aborto, se le suma la circunstancia de que sería privativo y facultativo de la mujer denunciar penalmente (o no) el abuso sexual con acceso carnal del que resultara su embarazo -por tratarse de un delito de instancia privada-, sin que esto último tenga ninguna incidencia en el derecho a demandar la interrupción de la gestación en los términos del artículo 86, inciso 2, de la ley penal de fondo. Como consecuencia, no habría casi margen para que el asesor letrado que por turno correspondiera, de conformidad con el artículo 103, inciso b.i, del Código Civil y Comercial,

podiera desarrollar una actuación necesaria en defensa del por nacer ante la eventual colisión de los derechos de este con los de su representante (su madre), porque dicho funcionario jamás se enteraría de la demanda de la práctica de un aborto no punible en concreto. Lo dicho anteriormente corrobora que, dadas las particularidades que la cuestión presenta y la imposibilidad fáctica de una concreción individualizada como la exigida por la parte demandada, el caso en el que se discutan regulaciones generales vinculadas con el derecho a la vida del nasciturus siempre será, indefectible y necesariamente, colectivo.

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

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCION 93/12

El voto analizado entiende que la resolución 93/12 es inconstitucional por haber sido dictada por un Órgano Administrativo sin competencia para reglamentar Derechos Humanos Fundamentales de la entidad de la que se encuentran en juego en el caso. Argumentos esgrimidos:

- 1) NO CORRESPONDE ANALIZAR EL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART 86 INC 1 Y 2 DEL CP

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

- 2) LA GUIA VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE QUE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES SOLO PUEDEN SER REGLAMENTADOS POR MEDIO DE UNA LEY EN SENTIDO MATERIAL Y FORMAL

El acto administrativo por el cual se dicta la guía supone una extralimitación de competencias y, por ende, un avance sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Legislativo, que es la de “[d]ictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu”

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

Dicha reglamentación administrativa se llevó a cabo sin una habilitación legislativa previa y, al mismo tiempo, sin una justificación mínima del sentido de lo dispuesto y de la incidencia que la regulación tendría en la esfera de los derechos constitucionales involucrados. Esta

exigencia no puede faltar en ninguna norma general destinada a reglamentar derechos constitucionales de la máxima jerarquía.

Resulta llamativo que el propio Ministerio de Salud haya soslayado que, en la exhortación referida, que es la razón de ser misma de la Resolución n.º 93/12, la propia CSJN, concedora y garante de los tratados sobre derechos humanos y de su contenido, instó a que las provincias instrumentaran protocolos hospitalarios “mediante normas del más alto nivel”; esto es, leyes en sentido propio o, al menos, actos administrativos que tengan como soporte una ley. Y así lo han hecho otras provincias, como Chubut (Ley n.º 14/2010) o Chaco (Ley n.º 7064)³[91] en el momento de dar un marco normativo a la práctica autorizada por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal.

La reglamentación emprendida no ha sido habilitada por una ley específica provincial, que en última instancia haya delegado en el Poder Ejecutivo la atribución de reglamentar el procedimiento para los casos de abortos no punibles contemplados por el artículo 86 del Código Penal. Las razones brindadas resultan suficientes para declarar la inconstitucionalidad y la inadecuación de la Resolución n.º 93/12 a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal por incumplimiento del postulado según el cual los derechos humanos fundamentales deben ser reglamentados por una ley en sentido formal y material.

Ello exime de tratar los demás agravios incoadas por las partes intervinientes en la causa, ya que no corresponde entrar al análisis de los fundamentos de fondo o sustanciales con relación a la

importancia del derecho fundamental a la vida que se encuentran en juego en la presente causa.

**VOTO EN DISIDENCIA DEL SEÑOR VOCAL, DOCTOR JULIO
CEFERINO SÁNCHEZ TORRES**

LEGITIMACION ACTIVA Y CASO COLECTIVO

El voto en disidencia analizado reconoce legitimación activa de la Asociación Portal de Belén, basado en los mismos argumentos que el voto en disidencia de los Dres Rubio y Salazar.

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

El voto analizado entiende que la resolución de la Cámara es nula por los siguientes argumentos

- 1) RESOLUCION CONTRADICTORIA. RESPUESTA QUE VUELVE INCONCILIABLE EL DERECHO PUBLICO LOCAL CON EL ESQUEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS QUE EMERGE DE LA CONSITUCION FEDERAL

En ajustada síntesis, de acuerdo con los recurrentes, básicamente, el vicio lógico achacado al tribunal a quo consiste en haber incurrido en autocontradicción; esto, por haber declarado inconstitucional –in totum- la Resolución n.º 93/12, que reglamenta la guía o procedimiento para las mujeres que demanden la práctica de abortos no punibles según lo establecido por el artículo 86, inciso 1 y 2, del Código Penal, sin haber declarado –en el mismo sentido- la inconstitucionalidad de dicha norma de fondo, de la que la guía o protocolo pretende ser su ejecución o reglamentación. Les asiste razón a los recurrentes: la sentencia en análisis viola el principio lógico de no contradicción. En efecto, la solución que propicia el tribunal a quo lleva implícita el siguiente postulado: dada la mayor amplitud de la que goza en Córdoba la protección del derecho a la vida desde la concepción, sea en su variante punible o en la no punible, la práctica del aborto no es posible en la provincia bajo ninguna circunstancia. El tribunal va más allá cuando sostiene que las cosas tampoco cambiarían si, en vez de mediante una resolución administrativa, la guía hubiera sido establecida mediante una ley

Nadie niega que Córdoba goce de autonomía para ampliar el piso protectorio de los derechos reconocidos y garantizados por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Pero, para su legítima procedencia, esta atribución está sujeta a ciertas condiciones internas e internacionales Y contra ese reparto, precisamente, conspira el sentido de la resolución adoptada por la Cámara, porque, si la interpretación que de ella se desprende fuera confirmada en esta instancia, el resultado sería que en Córdoba rige una suerte de Código Penal paralelo según el cual el aborto no puede ser justificado ni practicado en ninguna hipótesis. Razonar por esta vía supondría operar en el vacío y haciendo caso omiso de las atribuciones constitucionalmente reconocidas al gobierno federal, como la de dictar códigos de fondo (art. 75, inc. 12, de la CN).

La Cámara parte de la base equivocada de que el artículo 86, inc. 2, del Código Penal configura una excusa absolutoria. Conviene

recordar que las excusas absolutarias han sido definidas por la doctrina como “circunstancias que, sin afectar la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, en atención a razones de política criminal, eximen de pena al autor de determinados delitos”⁴

Como surge evidente, la Cámara encorseta como excusa absolutoria lo que es una causal de justificación; esto es, “permisos concebidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico”, lo que obedece “al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo”⁵. Es decir que, en estos casos, a diferencia de lo que enarbola el tribunal a quo, el telón de fondo es una colisión insalvable entre dos bienes jurídicos y el legislador –no el juez- lo resuelve priorizando a uno. Esto hace que, a pesar de que el autor del acto despliegue una conducta descrita como ilícita por un tipo penal esta no sea antijurídica porque media una causa de justificación. Por forzoso argumento en contrario, si existe una justificación, la conducta, no obstante ser típica al estar encuadrada por una figura penal, no es antijurídica

De lo anteriormente expresado se desprenden tres consecuencias:

- 1) Específicamente, el artículo 86, inciso 2, del Código Penal tiene como base el dilema o tragedia entre el derecho del que aún no ha nacido (la vida intrauterina) y la posibilidad excepcional de decidir la interrupción de su gestación –y sin que ello sea considerado un acto antijurídico- por quien ha resultado embarazada como producto de un acto de violencia sexual (un abuso sexual con

acceso carnal) que, lejos de haber consentido, constituye “un ataque contra sus derechos más fundamentales”

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

3) El sacrificio excepcional de uno de los bienes jurídicos es la única salida posible a un dilema que, de otra forma, no tendría solución, y se asienta en el carácter siempre relativo de todos los derechos, que nunca pueden concebirse de forma absoluta⁶, premisa axial de nuestro orden constitucional y convencional, como se verá más abajo. Es decir, el permiso que se concede es en atención a las excepcionalísimas circunstancias que concurren y que lo justifican, como acontece también en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo.

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

La forma de concebir la cuestión por parte de la Cámara revela que la contradicción es irreductible e insalvable no ya con la guía, sino con aquello de lo cual ella pretende ser su legítima reglamentación: el artículo 86, inciso 2, del Código Penal

2) RESOLUCION NULA POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE RAZON
SUFICIENTE. RESPUESTA QUE NO SE CONDICE CON LOS PRINCIPIOS
RECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS
HUMANOS

Los recurrentes esgrimen que la sentencia de la Cámara vulnera pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos, sostiene que el tribunal a quo ha incurrido en violación del principio lógico de razón suficiente, en la medida en que –según afirma- no se han brindado argumentos de peso para concluir que el derecho a la vida de la persona por nacer goza de una protección “absoluta” según el Derecho Público provincial y sin que ello sea contradictorio con el ordenamiento jurídico ni con la última jurisprudencia nacional e internacional. Otra vez, les asiste razón a los recurrentes. En efecto, pareciera que, de acuerdo con el tribunal a quo y con la parte accionante, los derechos humanos fundamentales son susceptibles de ser jerarquizados y, en esa gradación, el primado lo tiene el derecho a la vida del nasciturus. Por eso, ante cualquier posible conflicto o colisión, debería ceder cualquier otro derecho, sin que ninguna razón o circunstancia justificante pudiera atemperar la entidad o relevancia que se le otorga a tal preeminencia, sin acompañar de tal afirmación razones suficientes, razón por la cual incurre en el serio vicio de ser una afirmación dogmática, una petición de principios.

La mayor prueba de la rigidez y de la forma parcializada con que la Cámara operó este principio es que no ha dado razones acerca de por qué, por ejemplo, en virtud del mandato pro homine debería prevalecer el derecho a la vida del por nacer y no, por ejemplo, el de la niña embarazada producto de un abuso sexual con acceso carnal, teniendo en cuenta que también tendría que ponderarse obligadamente el interés superior de esta última.

3) INADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Desde este punto de vista resultan absolutamente incompatibles con nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal –y, por ende, inconvenientes-, por una parte, la postulación de la parte actora de que la declaración interpretativa formulada por la Argentina por medio de la Ley n.º 23849 significa que “las indicaciones para no punir el aborto” han quedado “derogadas para siempre” (f. 105 vta.); y, por otra parte, la interpretación de la Cámara de que “el mayor énfasis” otorgado a la defensa de la vida del por nacer impediría al Estado provincial en toda circunstancia –es decir, para siempre- habilitar cualquier programa sanitario que contemplara los permisos excepcionales concedidos por la legislación penal federal a la mujer –para interrumpir la gestación-; particularmente, a aquella que hubiera resultado embarazada por haber sido víctima de un acto antijurídico (un abuso sexual con acceso carnal). Como resulta evidente, la Cámara no ha desplegado un adecuado y completo control de convencionalidad, porque omitió mensurar las disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19, inciso 1, y 59) a la luz de todo el plexo emergente del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal.

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

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCION 93/12

El voto analizado al igual que el voto en disidencia de los Dres Rubio y Zalazar entiende que la resolución 93/12 es inconstitucional por los mismos argumentos antes expuestos, pero efectuando las siguientes salvedades:

Como surge del considerando anterior, el acogimiento parcial de los recursos de casación y de inconstitucionalidad solo tiene por efecto la anulación de la sentencia recurrida, pero no supone un juicio a favor de la constitucionalidad y convencionalidad de la Resolución n.º 93/12, del Ministerio de Salud, que establece la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Abortos No Punibles. Por el contrario, dicho acto administrativo no supera tal test, en la medida en que supone una extralimitación de competencias y, por ende, un avance sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Legislativo. Esta conclusión no supone poner en entredicho el permiso excepcional que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal concede a la mujer (en particular a la que ha quedado embarazada como fruto de un acto antijurídico) en virtud de la interpretación sentada por la CSJN en la causa “F., A. L.”, pero la reglamentación de dicha atribución o, al menos, las bases sobre la que ella debería asentarse solo son posible por medio de una ley en sentido formal y material.

CONCLUSIONES:

El voto mayoritario compuesto por los Dres Aida Lucia Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, María de las Mercedes Blanc de Arabel y Silvana María Chiapero, niegan Legitimación activa a la Asociación Portal de Belén, dejando sin efecto la sentencia de cámara, y declarando inoficioso y abstracto el tratamiento del resto de los agravios formulados, razón por la que no se inmiscuye en un análisis del fondo de la materia planteada.

Por su lado el voto minoritario de los Dres Luis Enrique Rubio y Claudia Elizabeth Zalazar, reconocen Legitimación Activa a la actora, Asociación Portal de Belén, primer paso que les permite analizar la constitucionalidad de la Resolución 93/12 dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, a la que declara íntegramente inconstitucional por haber trasvasado las competencias reconocidas por la Constitución de la Provincia al Poder Legislativo, en tanto este es el órgano al que le corresponde sancionar las leyes que fueran necesarias para implementar prácticas como las que posibilita el art 86 inc 1 y 2 del CP, en dicho marco hacen lugar en forma parcial a la acción de amparo promovida por portal de Belén, entendiendo que ello los exime de tratar los demás agravios incoados por las partes intervinientes en el proceso, sin entrar en el análisis de los fundamentos de fondo o sustanciales con relación a la importancia del derecho fundamental a la vida que se encuentra en juego.

Finalmente el voto en disidencia del Dr Julio Ceferino Sánchez Torres, va más allá en su análisis y si bien concuerda con el voto minoritario precedentemente detallado, en cuanto a la Legitimación activa de la actora y la inconstitucionalidad de la resolución 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, , efectúa una análisis también respecto de la inconstitucionalidad planteada por la actora del art 86 inc 1 y 2 del CP, sosteniendo su absoluto rechazo, dado que no se ha esgrimido razonablemente ningún argumento, ni circunstancia nueva que justifique semejante resolución, siempre teniendo en miras la armonización y ponderación de derecho fundamentales en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal. Razón por la que acoge parcialmente la acción de amparo promovida por Portal de Belén, aclarando su rechazo en este punto petitionado por la actora.

**LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA MÉDICA E INSTITUCIONAL
EN CASOS DE ABORTOS NO PUNIBLES. DERIVACIONES
DEL FALLO “F.,A.L.” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN**
