

Córdoba, 21 de mayo de 2013.

Primera: ¿Son procedentes las apelaciones de la parte actora, de la demandada y del tercero coadyuvante?

Segunda: ¿Qué resolución corresponde adoptar?

A la primera cuestión:

El señor vocal doctor Guillermo E. Barrera Buteler dijo:

1. La asociación actora ha promovido acción de amparo contra “amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer de la Provincia de Córdoba” como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución del Ministerio de Salud de esta Provincia N° 93 del 30 de marzo de 2012, que aprueba la “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”, que como anexo I integra dicho acto administrativo, por lo que piden se ordene a la demandada abstenerse de aplicar la mencionada guía cuya declaración de inconstitucionalidad reclaman. Luego, a fs. 128, la amparista amplía la demanda reclamando también la declaración de inconstitucionalidad de los dos incisos del art. 86 del Código Penal.

La causa se ha sustanciado con la participación de la representación del Estado, de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir a la que se le otorgó participación en carácter de tercero coadyuvante(fs. 189/196), del Ministerio Público Fiscal (fs. 433/442) y de la Sra. Asesora Letrada del 9° Turno (fs. 514/518), esta última en ejercicio de la representación promiscua de los niños por nacer que integran el conjunto indeterminado de personas cuyo derecho a vivir se pretende tutelar mediante la acción entablada en autos. A la vez, se han admitido las presentaciones formuladas en calidad de Amicus Curiae por la Asociación por los Derechos Civiles (fs. 284/297), el Prof. Dr. Juan Marco Vaggione junto a otras personas que invocan la condición de docentes e investigadores de la universidad Nacional de Córdoba y miembros de organizaciones sociales que trabajan por los derechos de las mujeres (443/451), la Dra. Paula Ferro como funcionaria del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 520/525), la Asociación Civil Pensamiento Penal (fs. 528/538), la Ab. María Soledad Deza (fs.556/578), los legisladores provinciales Del Boca, Brarda, Pretto, Fernández y Agosti (fs. 580/612) y la asociación Crisálida Biblioteca Popular (fs. 635/640).

La sentencia de primera instancia (665/861) ha acogido parcialmente la demanda, circunscribiendo la declaración de inconstitucionalidad y la orden de no aplicación requeridas por la asociación amparista, únicamente al art. 3.2.a) de la Guía en cuestión, en cuanto prevé como único requisito para acceder al aborto en caso de violación la declaración jurada de la peticionante de dicha práctica y formula una

exhortación a las autoridades provinciales para que establezcan un nuevo procedimiento tendiente a verificar adecuadamente, con intervención de un equipo interdisciplinario, que el niño que se pretende abortar ha sido efectivamente concebido como consecuencia de una violación.

Esa sentencia ha sido apelada, tanto por la asociación amparista, cuanto por el Estado demandado y por la tercera coadyuvante. La primera se agravia por el rechazo de la acción de amparo en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de los dos incisos del art. 86 del Código Penal y de la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los alcances del inciso 2° del citado art. 86 del C. Penal, como así también por el rechazo de la acción con respecto a la parte de la resolución ministerial que el tribunal a quo ha considerado válida (art. 1 que establece el ámbito de aplicación, art. 2 sobre “consideraciones generales” y punto 1 del art. 3 sobre procedimiento en caso de peligro para la vida o la salud.

El Estado Provincial se agravia en primer lugar porque el tribunal a quo ha desestimado su defensa de falta de legitimación de la asociación demandante, dice que la sentencia vulnera el principio de congruencia, especialmente cuando en el punto IV de su parte resolutive donde formula la ya mencionada exhortación a las autoridades provinciales; también sostiene que la sentencia se aparta de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, que viola el art. 19 C.N. y puede hacer incurrir en responsabilidad internacional a la República Argentina; también se agravia por el modo en que han sido impuestas las costas.

La tercera coadyuvante, por su parte, se agravia diciendo que la sentencia apelada es contradictoria y arbitraria y también cuestiona el modo en que han sido impuestas las costas.

También comparecen a fs. 974/980 un conjunto de personas que no invocan ninguna condición especial que las vincule con la causa y exponen sus puntos de vista en calidad de *amicus curiae*.

2. La legitimación de la accionante.

Dado que lo que se decida respecto del planteo de falta de legitimación activa de la accionante podría tener la virtualidad de definir el resultado del pleito sin necesidad de entrar a considerar otras cuestiones, corresponde comenzar por este punto. El planteo es traído a esta sede por la representación del Estado Provincial al agravarse porque fue desestimado en primera instancia.

Pero no le asiste razón a la apelante en su cuestionamiento porque el punto había sido resuelto adecuadamente y con sólidos argumentos jurídicos por el juez de primera

instancia cuando encuadró el caso como un supuesto de representación colectiva en los términos del art. 43, párrafo segundo, C.N. y del art. 53 de la Constitución de la Provincia.

La verdad es que se tornan de dificultosa comprensión algunos argumentos de la demandada apelante cuando, refiriéndose a la asociación actora dice que “el Estatuto no los habilita para representar personas ajenas al colectivo” (sic), sin aclarar cuáles serían a su criterio los límites de ese “colectivo”; o cuando afirma que no pueden representar a un “hipotético nasciturus, que remarco, sólo configura una hipótesis a resolver” y agrega luego que “no hay a quien representar puesto que el art. 86 del C.P. y el reglamento dictado por la Provincia protegen a la víctima de una violación”, añadiendo finalmente que “ser víctima de una violación no es un derecho colectivo sino un perjuicio individual” (sic).

La apelante exhibe aquí alguna confusión que es necesario aclarar. Por un lado, estamos en este caso frente a un amparo que se promueve en defensa de los derechos de un grupo indeterminado de personas. Se trata de personas que todavía no han nacido pero que, no por eso, son menos titulares de los derechos fundamentales que los que ya nacieron. Tanto es así que el art. 2 de la Ley 23.849 que aprobó la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 y goza de jerarquía constitucional en cuanto precisa las condiciones de vigencia de ese tratado para nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N.), los incluye expresamente en la categoría de “niños” y, por ende, les hace aplicable todo el régimen protector de ese instrumento internacional. Por esa razón, de aquí en más nos referiremos a los titulares del derecho que se pretende tutelar mediante este amparo como los niños por nacer.

Pero además, los planteos arriba transcritos de la parte apelante revelan que o bien desconoce la noción de derecho colectivo o de incidencia colectiva o bien tiene sobre ella un concepto errado. Por eso es conveniente recordar que, mientras el constitucionalismo clásico se había ocupado únicamente de los derechos individuales, reconociendo un derecho únicamente allí donde se identificaba un interés personal y directo de la persona que lo invocaba, el constitucionalismo posmoderno o de tercera generación ha reconocido una nueva categoría de derechos que se caracterizan por tener como sujeto activo a un conjunto indeterminado de personas. Se trata de un interés jurídico único que es compartido por un grupo de personas, de manera tal que puede decirse que les pertenece a todos conjuntamente.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “(...) la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitada a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, pero esta amplitud no se ha dado para defensa de cualquier derecho, sino sólo con relación a los mecanismos tendientes a proteger ciertos derechos de incidencia colectiva” (CSJN, Fallos 330:3836).

El nuevo régimen de legitimación para el amparo colectivo ha sido regulado por el art. 43 C.N. que prevé dos supuestos (el del Defensor del Pueblo y el que nos ocupa en esta causa de la asociaciones) que, como ha dicho la Corte Suprema Federal siguiendo a Calamandrei, pueden ser calificados como de legitimación anómala o extraordinaria, porque “en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la relación sustancial” (C.S.J.N., Fallos 330:2800).

En efecto, para el caso de acciones de amparo de “derechos de incidencia colectiva”, la norma constitucional dispone que podrán interponerla, entre otros, “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley” y, si bien es cierto que la idea primigenia del constituyente fue limitar la legitimación activa a determinadas asociaciones que quedaran comprendidas en las condiciones fijadas por una ley especial que debía dictar el Congreso (véase Sagüés, Néstor, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reciente reforma constitucional”, LA LEY, 1994-D, 1151; Barra, Rodolfo, “La acción de amparo en la Constitución” LA LEY, 1994-D, 1087), el tiempo transcurrido sin que se sancionara esa ley trajo como consecuencia que se impusiera una interpretación jurisprudencial flexible sobre este punto, que admite legitimación a cualquier asociación con las únicas condiciones de encontrarse inscrita como persona jurídica ante la autoridad competente y que la defensa de los derechos por los que pretende accionar se encuentre contemplada entre sus fines estatutarios.

La jurisprudencia ha considerado cumplida esa exigencia cuando se acredita que la asociación tiene entre sus objetivos estatutarios la defensa de ese tipo de derechos y ésta cuenta con personería jurídica y las inscripciones requeridas por la ley ordinaria para las personas jurídicas de ese tipo. Con acierto dice Silvia Palacio de Caeiro que en estos casos la operación lógica-intelectiva para juzgar la legitimación de una asociación “presenta un perfil tripartito, pues el perjuicio o daño concreto en que se funde la pretensión intentada en la demanda requerirá demostrar el ensamble o enlace entre los hechos, actos normas, medidas u omisiones atacadas, los derechos estatutarios o fines de la asociación autorizada y las disposiciones que se dicen vulneradas” (Palacio de Caeiro, Silvia; “Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, La Ley, 2011, pág. 649).

De esta manera, la ausencia de ley reglamentaria no ha sido obstáculo para que la Corte Suprema admita la legitimación activa de asociaciones en las causas “Asociación Benghalensis” en defensa del derecho a la salud de los afectados por el SIDA (C.S.J.N. Fallos 323:1339), en “Asociación Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina” (Fallos 320:690) y en “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” (Fallos 326:4931), (1) entre muchos otros. No puedo dejar de mencionar que, entre estos leading cases, se cuenta precisamente un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa promovida por la misma asociación que acciona en estos autos, a la que se le reconoció legitimación para actuar en defensa de un conjunto indeterminado de niños por nacer (C.S.J.N., 5/3/2002; “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo”, Fallos 325:292, Foro de Córdoba N° 76, pág. 117).

Al relevar la jurisprudencia podemos verificar que los casos en que se ha negado legitimación a alguna asociación han sido aquellos en los que, lo que está en juego, son intereses económicos o patrimoniales divisibles de los asociados (C.S.J.N.; Fallos 330:3836, Asoc. Generadores de Energía Eléctrica c. E.N.”; Fallos 326:2998, “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. E.N.”; Fallos 326:3007, “Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c. AFIP”).

Por tanto y más allá del precedente arriba citado de la causa “Portal de Belén” resuelta por la Corte Suprema de la Nación el 5 de marzo de 2002, en el caso de autos es forzoso reconocer legitimación a la misma asociación porque el derecho que se pretende tutelar es el derecho a la vida de un conjunto indeterminado de niños por nacer y las constancias de fs. 1/8 acreditan suficientemente que Portal de Belén posee personería jurídica otorgada mediante resol. 139ª del 21-7-1995 de la Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia de la Provincia, como así también que, conforme la previsión del art. 2 de sus estatutos sociales aprobados por la autoridad competente, dicha asociación tiene entre sus fines “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”... y “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”.

El hecho de que la acción se dirija contra una lesión a un derecho con un objeto único e indivisible, como podría ser un acto de contaminación del ambiente, sino contra la amenaza de lesión a un conjunto de derechos individuales homogéneos que resultan afectados por una causa fáctica común no es obstáculo al reconocimiento de la legitimación que cuestiona la demandada porque, a partir de la doctrina sentada por el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi, Ernesto c. Poder Ejecutivo Nacional ” (C.S.J.N., 24/2/2009, , Fallos 332:111) se le imprimieron nuevos perfiles a este concepto jurídico.-

En el pronunciamiento antedicho, se ha asumido la conclusión de que en el concepto de derecho de incidencia colectiva del art. 43 C.N. también quedan comprendidos aquellos supuestos en que nos hallamos frente a un grupo indeterminado de personas que está afectado por una misma causa en los derechos individuales de cada uno de ellos siempre que concurren los elementos tipificantes de una acción de clase, lo que ocurre en el caso de autos porque hay homogeneidad entre los derechos que se pretende proteger, ya que se trata de la tutela del derecho a la vida de los niños por nacer de la provincia de Córdoba, lo que importa una pluralidad relevante de derechos individuales y divisibles que guardan homogeneidad.

Esa pluralidad de derechos individuales homogéneos (el derecho a vivir que tiene cada uno de esos niños) se encuentra afectada por una causa fáctica común, ya que - tal como lo presenta la accionante en su demanda- todos esos derechos tienen frente a sí la amenaza de ser cercenados si se aplica la resolución ministerial cuestionada y se procede a la interrupción del embarazo a petición de la madre, con la sola condición

de que declare bajo juramento que ha sido violada y el niño ha sido concebido como consecuencia de ese delito del que fue víctima o bien que se determine que existe riesgo para la vida o la salud de la madre.

Además, es claro que los derechos afectados exceden el interés de cada parte porque no aparece posible ejercer en tiempo oportuno de manera individual y aislada las acciones por parte de los titulares del derecho, máxime cuando se trata de casos en los que es su propia representante legal quien pone en acto la amenaza latente y, por tanto podría resultar afectado el acceso a la justicia; finalmente, la trascendencia social del derecho amenazado genera un fuerte interés estatal en su protección, no sólo para dar cumplimiento a mandatos constitucionales, sino también porque está en juego el “interés superior del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1).

Las razones expuestas conducen al rechazo del primer agravio de la demandada apelante.-

3. La constitucionalidad e interpretación de los incisos 1° y 2° del Código Penal.

La asociación amparista cuestiona, en sus agravios primero y segundo, que se haya rechazado la acción de amparo en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de los dos incisos del art. 86 del Código Penal y de la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los alcances del inciso 2° de dicha norma en el caso “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”.

Pero, ni la citada norma penal, ni la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los alcances de uno de sus incisos, pueden configurar un acto lesivo en los términos del art. 43 C.N. y art. 1 de la Ley 16.986. En efecto, siguiendo a Bidart Campos podemos decir que el acto lesivo que habilita el amparo es cualquier “hecho positivo o negativo”. (“Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 227) y es evidente que, ni una norma, ni su interpretación jurisprudencial, constituyen un hecho.

Además, es claro que los incisos en cuestión del referido artículo del Código Penal no hacen otra cosa que establecer una excusa absolutoria para el delito de aborto, es decir que la norma se limita a establecer impedimentos para la punibilidad, es decir que define ciertos supuestos en los cuales el Estado prácticamente “renuncia” a ejercer en ellos el ius puniendi por consideraciones políticas, es decir: para cumplir finalidades que se consideran prevaletes. Entonces, no parece razonable pensar que de una norma que se limita a excluir, frente a determinadas circunstancias, la aplicación de sanción penal a quien cometa un aborto, ni de una interpretación jurisprudencial de esa norma -acertada o no- se derive en forma directa e inmediata

una amenaza inminente al derecho a la vida de los niños por nacer. Podrá decirse que la desincriminación de determinadas conductas es susceptible de provocar que la práctica de éstas se incremente pero, más allá de que esa afirmación es controvertida y no necesariamente correcta en todos los casos, de allí a sostener que la desincriminación misma constituye una amenaza real, grave e inminente para el derecho tutelado por el tipo penal en cuestión, hay una distancia grande.-

Ni los incisos 1 y 2 del art. 86 del Código Penal, ni la inteligencia que le ha asignado a este último la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyen un acto lesivo de amenaza inminente al derecho a vivir del conjunto indeterminado de niños por nacer en cuya tutela acciona la asociación amparista. Por el contrario, el escrito de demanda ha precisado correctamente a fs. 115 de autos cuál era el acto lesivo contra el cual estuvo dirigida originariamente la acción al decir: "los actos lesivos del derecho a la vida defendido por nuestra 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".-

Está claro entonces que los actos lesivos contra los que va dirigida la acción lo constituyen la concreción de un número aún indeterminado de abortos que como consecuencia directa e inmediata de la aplicación de la resolución ministerial en cuestión resulten susceptibles de efectivizarse. A estar a los términos de la demanda, allí sí queda configurado prima facie un acto lesivo susceptible de ser atacado por la vía del amparo. Pero no ocurre lo mismo con las normas del Código Penal que exigen de pena a quienes cometan los abortos en determinadas circunstancias, ni la interpretación más flexible de esas circunstancias por parte de la jurisprudencia de la Corte, porque no hay elementos de juicio que permitan sostener con cierto grado de solidez que de allí se deriva en forma directa e inmediata una amenaza inminente a los derechos tutelados.-

En realidad, la ampliación de demanda de fs. 128, en cuanto incorpora como objeto de la acción la pretensión de obtener una declaración judicial de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 del Código Penal y, desde la perspectiva que surge del segundo agravio de la amparista apelante, una revisión de la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de la Nación de esas normas, importan una desnaturalización de la acción intentada porque, más que un amparo se transformaría en una acción declarativa de inconstitucionalidad o -peor aún- una vía para convertir a esta Cámara en tribunal de apelación de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "F.A.L. s/medida autosatisfactiva" donde la mayoría del Alto Tribunal se pronunció en abstracto por la validez constitucional de las excusas absolutorias contenidas en el art. 86 del Código Penal y por una interpretación amplia de la contenida en el inciso segundo de dicha norma.

Es evidente que, más allá de cuál sea la opinión que los integrantes de esta Cámara puedan tener sobre la compatibilidad de tales excusas absolutorias con el orden constitucional vigente a partir de la reforma de 1994, lo pretendido por la parte actora

excede ampliamente las atribuciones de este tribunal que -aunque la Corte lo haya hecho- no puede emitir un pronunciamiento en abstracto sobre esos puntos y, mucho menos, revisando lo que ha resuelto sobre ellos el más alto Tribunal de la Nación.-

En realidad la materia propia de esta acción de amparo debe quedar circunscripta al acto lesivo descrito en la demanda original, esto es la amenaza que genera para los derechos tutelados la resolución ministerial de esta Provincia que aprueba la Guía para la práctica de abortos no punibles y esta cuestión puede ser juzgada con total independencia de la validez constitucional de las normas del Código Penal arriba mencionadas.

Los agravios primero y segundo de la parte actora no pueden prosperar, entonces, no por los fundamentos que ha dado el juez de primera instancia, sino porque ese aspecto de la pretensión cuya desestimación se cuestiona no es susceptible de ser canalizado por la vía del amparo y además porque la legitimidad o ilegitimidad del acto lesivo puede ser juzgada sin necesidad de pronunciarse sobre aquélla.

4. La resolución ministerial.

En lo que hace a la materia propia de este amparo, es decir con relación a la amenaza inminente que la accionante dice que genera la Resolución del Ministerio de Salud de esta Provincia N° 93 del 30 de marzo de 2012, que aprueba la “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”, confluyen tres apelaciones: Por un lado la de la asociación amparista, que cuestiona que el amparo haya sido acogido únicamente con relación al art. 3.2.a) y haya sido desestimado con respecto al resto de su articulado y, por otro lado las de la demandada y tercera coadyuvante que cuestionan la admisión parcial del amparo y la exhortación que formula el juez de primera instancia al Poder Ejecutivo. La demandada argumenta sus cuestionamientos atribuyendo a la sentencia incongruencia, apartamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, violación del art. 19 C.N. y que puede hacer incurrir en responsabilidad internacional a la República Argentina. La tercera coadyuvante, por su parte, le atribuye ser contradictoria y arbitraria.

4.1 Efectos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “F.A.L. s/medida autosatisfactiva” sobre el presente pronunciamiento.

En primer lugar y teniendo en cuenta la indudable relación que existe entre la presente causa y el ya mencionado caso “F.A.L. s/Medida autosatisfactiva” considero necesario aclarar que, por las razones expuestas en el punto 3, se ha omitido abrir juicio sobre

aquellas cuestiones respecto de las cuales se ha pronunciado en esa resolución la Corte Suprema y que resultan ajenas a la materia propia de esta acción de amparo. Es decir, específicamente sobre la compatibilidad entre el art. 86 del Código Penal y las disposiciones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional que tutelan el derecho a la vida desde la concepción y sobre cuál es la interpretación correcta del inciso 2° de ese artículo.

Sin embargo, debo señalar que el voto mayoritario del Alto Tribunal no se ha limitado allí a poner en ejercicio su potestad jurisdiccional resolviendo en el caso concreto sometido a su decisión aquellas cuestiones. Por el contrario, una vez agotada su función jurisdiccional específica conforme al art. 2 de la Ley N° 27, manifiesta que considera “oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento” en vista del “importante grado de desinformación” reinante sobre el tema entre los profesionales de la salud, dejando aclarado que su intervención es a los efectos de esclarecer la confusión reinante”, lo que lleva a interpretar que el propio Tribunal reconoce que, en esta parte de su pronunciamiento (a partir del considerando N°18 del voto de la mayoría), no está propiamente ejerciendo la función jurisdiccional, es decir resolviendo en forma definitiva una controversia entre partes, mediante una decisión investida, entre otros caracteres, de la autoridad de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria (véase Alsina, Hugo; “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ediar, 1956, Tomo I., pág. 32), sino más bien una función de divulgación y esclarecimiento. En efecto, así ocurre cuando formula ciertos recordatorios (consid. 20) y advertencias (consid. 22), cuando enuncia ciertas pautas de interpretación (consid. 21 y 23), fija reglas de procedimiento (consid. 24 a 28) y finalmente formula una exhortación a las autoridades nacionales, provinciales y municipales y a los Poderes judiciales Nacional, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

Es bien sabido que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son vinculantes en la causa en la que han sido dictados y obligan a las partes y a los tribunales inferiores intervinientes, lo que implica además todo lo conducente para hacerlos efectivos (C.S.J.N., Fallos 189:292); pero no es posible sostener que en nuestro sistema jurídico esos fallos sean vinculantes para los demás tribunales en otros casos, aunque sean análogos, porque no existe ninguna norma, ni en la Constitución Nacional (desde que quedó derogada la reforma de 1949), ni en ninguna ley, que establezca el sistema del stare decisis del Derecho Anglosajón.-

Es más, la misma Corte Suprema ha dicho que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones” (C.S.J.N., “Ferrocarril del Sud c. Pedro U. Draque y Cía.” Fallos 131:109; en igual sentido Fallos 253:206; 255:187 y 263:255). Muy especialmente ha sostenido la Corte que sus fallos carecen de fuerza vinculante para los tribunales locales en materia de Derecho Público local (Fallos 304:1459). Es verdad también que en otras muchas ocasiones la Corte Suprema ha hecho referencia a un “deber moral” (C.S.J.N., Fallos 25:368) de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a las que ella ha adoptado en casos

análogos, salvo que hubiese motivos valederos para apartarse y que también ha hablado de un “deber institucional” (C.S.J.N., Fallos 212:59; Fallos 212:160) en el mismo sentido.

En consecuencia, teniendo en cuenta por un lado el carácter no rigurosamente jurisdiccional que en mi opinión tiene la parte exhortativa de la sentencia de la Corte Suprema y que, por otra parte, en nuestro país no rige el sistema de jurisprudencia vinculante sino, en todo caso, el del “sometimiento condicionado como deber moral o institucional” (véase Sagués, Néstor; “Derecho Procesal Constitucional”, Astrea, 1992, Tomo 1, pág. 193 y sgtes.), anticipo que mi voto no se va ajustar a las indicaciones que ha dado el Alto Tribunal en su exhortación final.

En mi opinión es legítimo y válido que esta cámara se aparte, como lo propongo, de los lineamientos dados por la Corte Nacional, entre otras cosas porque la postura que propicio se funda en la necesidad de tener en cuenta las normas de Derecho Público local (constitucionales y legales) que el Máximo Tribunal Nacional no pudo tener en cuenta al realizar su exhortación genérica a todas las autoridades nacionales, provinciales y municipales. Ello implica, indudablemente, que el apartamiento se funda en razones no examinadas ni resueltas por la Corte Nacional en el precedente “F.A.L.” (C.S.J.N., 26/10/89, ED, 136-453, con nota de Bidart Campos: “La autoridad del derecho judicial de la Corte Suprema”), que se vinculan con el ámbito de los poderes conservados por el Estado Provincial y que hacen a su autonomía institucional y política (arts. 5, 122, 122 y cc. C.N.).

4.2 El caso de autos constituye un conflicto de derechos entre dos personas.

Para comenzar el abordaje de la cuestión de fondo que se debate en autos es necesario precisar que está fuera de toda duda que nos encontramos ante un conflicto de derechos entre dos personas. Por un lado tenemos a una persona concebida y no nacida, que desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico es un “niño”, en virtud de lo dispuesto en la declaración interpretativa contenida en el art. 2 de la Ley 23.849 que aprobó la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, norma ésta que goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). Por otro lado tenemos a su madre cuya salud se encontraría en riesgo o que manifiesta haber sido víctima de una violación en virtud de la cual concibió a ese niño.

Pero enfocar la cuestión desde la perspectiva de un conflicto entre los derechos de un niño y su madre, es decir entre dos personas humanas concretas de carne y hueso, trae sin lugar a dudas fuertes consecuencias. En efecto, Ernesto Garzón Valdés nos dice, en este sentido, que “el concepto de dignidad humana tiene un carácter adscriptivo y no descriptivo” (Garzón Valdés, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”), de manera que la verdad de la afirmación de que

un ser determinado pertenece a la especie humana, arrastra conceptualmente consigo la adscripción de dignidad, de forma tal que sería contradictorio decir que ese ser es humano pero carece de dignidad. Por eso demuestra este autor que “la deshumanización es el mejor medio inmunizante contra toda posible acusación de violación de la dignidad humana: no puede violarse ninguna dignidad de seres que no son personas”. Cada vez que se ha procurado justificar una afrenta grave contra la dignidad humana, el argumento del agresor ha sido negarle humanidad a la víctima; así se justificó en la antigua Roma la tortura a los esclavos; por igual razón Juan Ginés de Sepúlveda degradaba a los indígenas americanos a la categoría de simios y David Hume comparaba a los africanos con los loros; de la misma manera el nazismo utilizó la expresión “Unmensch” (“no-humano”) para designar a los judíos y “justificar” su exterminio.

Pero el ordenamiento jurídico argentino, lejos de incurrir en tremenda atrocidad con los niños por nacer, les ha reconocido su condición de personas, portadoras de dignidad humana y de los derechos que le son inherentes: 1º) El artículo 75 inciso 23 C.N. impone al Congreso la obligación de establecer “un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...” y, aunque la redacción no es del todo feliz, el texto no deja lugar a dudas que para la Constitución Argentina, durante el embarazo hay dos personas dignas de protección especial: el niño y la madre.

2º) La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) establece en su preámbulo 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”.

3º) La ya mencionada declaración interpretativa que contiene el art. 2 de la ley 23.849, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que para la República Argentina el art. 1 de esa Convención es interpretada en el sentido de que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Esta disposición, si bien contenida en una ley, también integra el “bloque de constitucionalidad”, ya que los documentos y tratados a que se refiere el artículo 75 inciso 22 C.N. tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, es decir, en las condiciones en que ellos rigen para nuestro país.-

En el fallo dictado en el caso “F.A.L.” la Corte ha señalado lacónicamente que esa norma “no constituye una reserva” porque la Argentina “respecto del art. 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa”, pero ha omitido señalar si ello importa diversidad de efectos jurídicos y, en su caso, cuáles serían los efectos de las “reservas” y cuáles los de las “declaraciones interpretativas”. Me permito destacar cómo el voto mayoritario de la Corte Suprema, que en gran parte de sus fundamentos

acoge y reproduce como propios muchos de los argumentos del planteo recursivo de la Defensora General de la Nación que asumió la representación de la niña que fuera víctima de la violación, en lo que hace a la interpretación de los alcances jurídicos del art. 2 de la ley 23.849 señaló -al igual que la funcionaria recurrente- que la interpretación del art. 1 de la Convención no es una reserva sino una declaración interpretativa, pero no reprodujo la conclusión que la funcionaria pretendió derivar de esa distinción, al decir que por eso esa norma no tiene jerarquía constitucional ni efecto jurídico alguno.

El voto mayoritario de la Corte ha querido -deliberadamente a mi entender- guardar distancia de la errónea argumentación de la Defensoría General de la Nación y por eso ha omitido toda referencia expresa con respecto a las consecuencias que se derivan del carácter de “reserva” o de “declaración interpretativa” que se le asigne a la norma que nos ocupa.

Por eso, ante el silencio que en este punto guarda el Alto Tribunal, es forzoso que la cámara haga su propia interpretación de la cuestión. Para ello debemos partir de la norma del art. 2.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone textualmente que “se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado”.

Manuel Diez de Velasco ha destacado el carácter no formalista del concepto de reserva que adopta la Convención de Viena y dice que “la definición adquiere así un carácter amplio, comprendiendo no sólo las reservas que excluyen la aplicación de cláusulas, sino también las llamadas declaraciones interpretativas siempre que éstas, al precisar el alcance y exacto contenido que tales disposiciones tienen para el Estado autor de las mismas, restrinjan el alcance de tal aplicación, modificando los efectos jurídicos de ciertas disposiciones” (Diez de Velasco, Manuel; “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, Madrid, 1999, 12ª edición, pág. 144).

Entonces, fácilmente podemos verificar que la declaración interpretativa que nos ocupa le da una precisión indubitable al momento inicial de tutela de los derechos del niño e incide sobre los efectos jurídicos del artículo 1º de ese Tratado. Si admitimos que, teniendo en cuenta el texto del preámbulo de la Convención, sus cláusulas protegen por igual a los niños nacidos y a los por nacer, podemos concluir que la declaración interpretativa de que se trata es superflua, porque no modifica los compromisos asumidos por la Nación ya que del conjunto de la Convención se desprende que ésta tutela como niño a todo ser humano desde su concepción y hasta los dieciocho años. Ahora bien, si desconociéramos efectos jurídicos a las manifestaciones que se hacen en el preámbulo de la Convención, no puede dudarse que esta declaración unilateral del Estado Argentino, que tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, amplía los compromisos asumidos por el Estado, extendiendo su tutela.

En definitiva, no parece haber más que una opción entre dos alternativas: o bien entendemos que la Convención de los Derechos del Niño por sí misma y en virtud del contenido de su preámbulo incluye bajo su tutela a los niños por nacer, como regla obligatoria para todos los países signatarios o, de lo contrario, debemos entender que ello es así sólo para la República Argentina que, con su declaración interpretativa ha modificado para sí los efectos y alcances de los compromisos asumidos, con el asentimiento de la Comunidad Internacional.

Por otra parte y en lo que hace a los efectos de la declaración interpretativa en cuanto al Derecho Constitucional interno, el hecho de que la Ley N° 23.849 haya sido sancionada, promulgada y publicada en 1990, es decir antes de que tuvieran lugar las deliberaciones de la Convención Constituyente de 1994, que dispuso darles jerarquía constitucional a sus disposiciones, refuerza claramente la idea de que estuvo en la voluntad del constituyente otorgarle esa jerarquía normativa a la declaración según la cual a partir de la concepción ya hay un niño, titular de todos los derechos que se mencionan en el pacto constitucionalizado y de todos los demás que se reconocen a todo hombre por los demás tratados y por la propia Constitución Nacional como inherentes a la dignidad natural de la persona humana.

4º) En la misma jerarquía normativa se ubica el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos según el cual “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...”.

Además de las normas de jerarquía constitucional mencionadas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en forma reiterada la condición de persona humana del niño por nacer. Así en “T.S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” (C.S.J.N., 11/1/2001, Fallos T.324, pág. 5), en “El Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo” (C.S.J.N.; 5/3/2002; Fallos T. 325, pág. 292) y luego, con la actual composición del Alto Tribunal en “Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y Ders. Humanos de la Nación” (C.S.J.N., 22/5/07, Fallos T. 330, pág. 2304), donde se le reconoció a la actora, que ya había percibido la indemnización prevista por la Ley 24.411 por el fallecimiento de su hija como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas en el período 1974/1983, el derecho a percibir también la indemnización por el fallecimiento de su nieto no nacido. Más allá de los diversos argumentos en que se fundan los votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay, por una parte y los de los Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, por la otra, todos ellos coinciden en la procedencia de la indemnización que reclamaba la Sra. Sánchez, lo que implica reconocer que su nieto no nacido era una “persona fallecida como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas” y que quitarle la vida fue un acto ilícito.

En el caso “F.A.L.” la Corte Suprema no ha contradicho aquel principio, no ha negado la condición de persona portadora de dignidad humana del niño por nacer, ni que sea

titular de derechos tutelados por el orden constitucional, sino que el esfuerzo se encamina a buscar el modo de armonizarlo con otros principios constitucionales y con los derechos de la madre. El voto mayoritario reconoce expresamente la condición de sujeto de derecho del nasciturus y que el Estado debe darle protección normativa, pero sostiene, refiriéndose al Pacto de San José de Costa Rica, que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste” (consid. 10). En los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi se alude reiteradamente al caso como “un severo conflicto de intereses” y a la necesidad de considerar, no sólo “el derecho a la vida de la persona por nacer” sino también “al otro extremo del conflicto” (consid.13 del voto de Argibay y consid. 9 del voto de Petracchi). Es claro entonces que, pese a alguna cita en el considerando 5 del voto mayoritario, que se hace del fallo de la Corte norteamericana en “Roe vs. Wade” (410 U.S. 113; 1973), el pronunciamiento de la Corte Argentina adopta una postura muy distinta con relación al reconocimiento de la humanidad del niño por nacer.

El hecho de que, salvo algunas posturas de algunos de los amici curiae, el debate de autos esté planteado en los términos de un conflicto de derechos y no desde el desconocimiento de la condición humana del niño por nacer, saca a la cuestión de lo que Laurence H. Tribe denominó “colisión entre absolutos” (“Abortion. The clash of absolutes”, W.W. Norton and Co., New York-London. 1992, cit. por Bianchi, Alberto B., “En contra del aborto”, Ed. Abaco de R. Depalma. pág. 45).

4.3 Normas de Derecho Público de la Provincia de Córdoba que se refieren a la cuestión en debate.

Muchas constituciones provinciales han incorporado en sus textos un reconocimiento expreso de los derechos de los niños por nacer. Así las de Buenos Aires (art. 12), Catamarca (art. 65), Chaco (art. 15), Chubut (art. 18), Entre Ríos (art. 16), Formosa (art. 5), Jujuy(art. 19), Río Negro (art. 59, Salta (art. 10), San Juan (art. 4), San Luis (art. 13), Santiago del Estero (art. 16), Tierra del Fuego (art. 14) y Tucumán (Preámbulo y arts. 40 y 146).

La Provincia de Córdoba lo ha hecho en su art. 4 que declara “inviolable” a “la vida desde su concepción” e impone como deber especial de los poderes públicos “su respeto y protección” , en el art. 19 que reconoce a todas las personas el derecho “a la vida desde la concepción” y en el art. 59 que, al fijar las bases constitucionales de las políticas especiales en materia de salud, dispone que “el sistema de salud ... incluye el control de los riesgos biológicos, sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción”.

Ahora bien, es sabido que el poder constituyente de las provincias argentinas encuentra límites, no sólo en los requerimientos de la naturaleza humana (dimensión antropológica) y en la realidad social y cultural de su comunidad, sino también en normas de derecho positivo de la Constitución Nacional a las que deben adecuarse

(art. 5 C.N.) porque tienen supremacía sobre los ordenamientos jurídicos provinciales (art. 31 C.N.).

De dichas normas se desprende que, mientras en materia de forma de gobierno, la exigencia de la Constitución Federal está conformada por pautas generales y amplias, que dejan un margen importante dentro del cual cada provincia puede ensayar su propio diseño institucional y de ninguna manera exigen que las instituciones provinciales sean idénticas a las de la Constitución Nacional, en materia de principios, derechos y garantías es evidente que la Constitución Federal avanza mucho más, porque no se limita a fijar un marco general, sino que regula los contenidos. Así el preámbulo, los artículos de la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional conforman un conjunto normativo con vigencia directa e inmediata en todo el territorio de la Nación, con total prescindencia de lo que dispongan al respecto las constituciones locales y, además, dotado de la supremacía que le confiere el art. 31 C.N. sobre cualquier norma provincial.

Pero Joaquín V. González, refiriéndose a las declaraciones, derechos y garantías de las constituciones provinciales, entiende que la Constitución Nacional “no exige, ni puede exigir que sean idénticas... Porque la constitución de una provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” y agrega que con su originalidad y diversidad en materia de declaraciones, derechos y garantías las constituciones provinciales “concurren al desarrollo, vigor y perfeccionamiento de la vida nacional y reflejan sus influencias sobre el progreso del derecho público de la Nación entera” (González, Joaquín V.; “Manual de la Constitución Argentina” en “Obras Completas”, Univ. Nac. de La Plata, Bs. As., 1935, Vol. III, pág. 574).

El pensamiento de Arturo M. Bas se aproxima al del Maestro riojano cuando reconoce que “las conveniencias o particularidades de cada provincia pueden reclamar reconocimiento de derechos y garantías especiales, no incluidos en el Estatuto nacional, y que concordantes con el mismo, no pueden siquiera ser conceptuados como consecuencia de los que el último establece. Ellos deben ser la materia del capítulo preliminar o la portada de las constituciones de provincia” (Bas, Arturo M., “El Derecho Federal Argentino – Nación y Provincias”, Valerio Abeledo Editor, Bs.As. 1927, pág. 70).

En general podemos decir que las provincias no pueden desconocer, ni limitar de ninguna manera los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, pero sí está dentro de sus atribuciones ampliar el ámbito de protección, por lo que la cuestión se resuelve mediante la aplicación del principio “pro homine” que, en caso de divergencia entre normas otorga siempre prioridad a aquella que otorga una tutela más

amplia a la persona humana, de manera tal que si una constitución de provincia reconoce cualquier derecho con mayor amplitud que la Constitución Nacional, prevalecerá la norma local, salvo que ésta haya sido dictada invadiendo el constituyente local el ámbito de poderes delegados en el Gobierno Federal, caso en que la norma provincial, aunque otorgue mayor protección a la persona, será inconstitucional; es el caso del art. 58 de la Constitución de Córdoba (C.S.J.N., 19/3/02 en "Banco del Suquía S.A. c. Tomassini – P.V.E.", Foro de Córdoba N°75, p. 101).

Ahora bien, si juzgamos desde este punto de vista a las disposiciones de los arts. 4 y 19 inc. 1° de la Constitución de Córdoba, lejos de hallarse alguna incompatibilidad o contradicción entre las normas constitucionales locales y las del bloque de constitucionalidad federal, que han sido analizadas en el punto 4.2 precedente, podemos apreciar que hay una armonía total. Sin embargo, no podemos dejar de advertir en las normas locales un énfasis mayor en el deber de los órganos estatales de respetar y proteger el derecho a la vida de los niños por nacer y muy especialmente en materia de políticas de salud.

En efecto, hemos visto que del art. 75 inc. 23 C.N. se desprende -y así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación incluso en el mismo caso "F.A.L."- el reconocimiento de la condición de persona humana del niño por nacer y ello está en armonía con las previsiones de otras normas de jerarquía constitucional, como el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño cuyas disposiciones - como hemos visto- sea por la manifestación que contiene en su preámbulo sobre la necesidad de brindar "protección y cuidado especiales" a los niños "tanto antes como después del nacimiento", sea en virtud de la declaración interpretativa (con iguales alcances que una reserva según el art. 2.d) de la Convención de Viena), resultan aplicables en tutela de los derechos de los niños por nacer, al menos para nuestro país.

Lo dicho nos lleva a concluir que los arts. 4, 19 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba pasan sobradamente con éxito el control de constitucionalidad y convencionalidad, porque resultan armónicas con el sistema normativo de protección de los derechos fundamentales del hombre, tanto a nivel de la Constitución Nacional, como de los tratados con jerarquía constitucional. Además, el mayor énfasis en la protección de los derechos del niño por nacer que se percibe en las normas locales tiene plena validez en virtud del principio pro homine.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México cuando rechazó la acción de inconstitucionalidad intentada por un grupo de legisladores del Estado de San Luis Potosí en contra del art. 16 de la Constitución estadual que, en términos semejantes a los de las normas citadas de la Constitución cordobesa, dispone que "respetar y proteger" la vida humana "desde el momento de su inicio en la concepción" (S.C.J.N. México, Acción de Inconstitucionalidad n° 62/2009, Resolución de fecha 29/09/2011 -expte. 62/2009-). Cabe señalar la importancia que tiene como precedente el fallo citado, por provenir del máximo tribunal nacional de un

país que, como el nuestro, es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y, también como el nuestro, ha adoptado la forma de estado federal.

Entre los fundamentos de los votos que conforman la mayoría se dice allí que esa norma de la Constitución local “es constitucional porque el hecho de que la Constitución Federal no precise desde qué momento inicia la vida, no significa impedimento alguno para el legislador local de definirlo en los términos en que lo hace en uso de su libertad de autodeterminación y sujeto al debido respeto al núcleo esencial de este derecho que comprende a la vida humana en toda su extensión” y agrega luego que “esta norma declarativa se apega a la Constitución General de la República y a los diversos tratados suscritos por el Estado Mexicano, que como ya ha quedado analizado con anterioridad, consagran el derecho a la vida y la protegen desde el momento mismo de la concepción” (Voto del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano).

Otro de los votos que conforman la mayoría se hace cargo de la diversidad de regulaciones que pueden surgir entre las entidades federativas, pero las explica diciendo que “las características entre las diversas regiones que conforman la Federación distan entre sí, por aspectos que van desde su grado de desarrollo, recursos humanos o financieros, hasta la misma pluralidad cultural, que en cada entidad se conforma con personas de diversos orígenes y credos, costumbres, maneras de vivir, actuar y de pensar” y por eso concluye que “no debe temerse a esa diferenciación, pues la extensión o amplitud se da en el marco de la Constitución Federal y Tratados Internacionales, por lo cual, los principios constitucionales y la universalidad de los derechos humanos se encuentran garantizados” (Voto del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo).

Asumida entonces la validez de las citadas normas constitucionales locales de esta Provincia de Córdoba, es forzoso concluir también en la validez de la Ley Provincial N° 6222 sobre Salud Pública, que en su art. 5 inc. b) les impone a todas “las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud” la obligación de “respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción” y, en consecuencia les prohíbe en el art. 7 inc. d) “practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento”. Estas normas legales se muestran claramente como una reglamentación razonable, casi diría necesaria, de aquellos principios constitucionales y, por tanto, su compatibilidad con la norma - también válida- de la Constitución local ratifica su plena validez jurídica.

4.4 Atribuciones del Gobierno Federal y de la Provincia en la materia que nos ocupa.

A primera vista podría pensarse que existe incompatibilidad total y absoluta entre las previsiones del art. 86 del Código Penal y las normas constitucionales y legales de la

Provincia de Córdoba que protegen a los niños por nacer. Esa es la idea que subyace, tanto en la integralidad del planteo de la asociación amparista, cuanto en los de la demandada y tercera coadyuvante.

Pero en realidad no es así, si nos atenemos al sistema de reparto de potestades de nuestro régimen federal que pivota sobre el art. 121 C.N. y la ampliamente generalizada concepción del federalismo como sistema que permite conciliar la unión y la diversidad preservándolas simultáneamente (sobre esta concepción véase Hernández, Antonio M., "Federalismo y constitucionalismo provincial", Abeledo Perrot, 2009, p. 8).

En efecto, por el art. 75 inc. 12 C.N., las provincias han delegado en el Gobierno Federal la potestad de dictar los códigos de fondo. En lo que aquí nos interesa, el legislador federal ha reconocido siempre la personalidad jurídica y los derechos de los niños por nacer (arts. 63, 70 y cc. C.Civil), aunque por razones prácticas haya condicionado a su nacimiento con vida la adquisición de algunos derechos patrimonial (jamás los derechos fundamentales que son reconocidos por la Constitución); también ha tipificado como delito el atentado contra la vida del niño por nacer (arts. 85/88 C. Penal), previendo que cuando concurren determinadas circunstancias de hecho (incisos 1° y 2° del art. 86 del C.Penal) el aborto no es punible. Se trata de excusas absolutorias o impedimentos para la punibilidad de determinadas conductas en circunstancias en las cuales el Estado prácticamente "renuncia" a ejercer en ellas el ius puniendi por consideraciones políticas, es decir: para cumplir finalidades que se consideran prevalecientes.

Si el Congreso de la Nación tiene potestades delegadas para legislar en materia penal, sólo él puede determinar cuándo una conducta es merecedora de sanción penal y cuándo no lo es. Ahora bien, el hecho de que el legislador penal haya eximido de pena a determinada conducta no necesariamente la transforma a ésta en una conducta lícita y, menos aún, en un derecho exigible. "La no punibilidad de un delito no obsta a su antijuridicidad. Por ejemplo, si bien el art. 34 del Código Penal establece como no punibles aquellos delitos en los que su autor obrase con estado de emoción violenta que le impida comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, la no punibilidad de esos delitos no significa que, ante un homicidio que un ciudadano incurso en emoción violenta habrá de perpetrar de modo inminente, las autoridades anoticiadas del peligro puedan permanecer pasivas; al contrario, deberán intervenir y evitarlo" (Chiesa, José María; "Sobre la insólita invención de un derecho constitucional al aborto diplomado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una reflexión a la luz de la teoría general del Derecho", E.D., 20/4/2012, p. 4).

Es que un hecho no punible según la ley penal o incluso no tipificado como delito, puede de todos modos contrariar el orden jurídico y, en consecuencia, ser de todos modos ilícito, si atenta contra derechos de terceros o contra algún bien jurídicamente protegido (orden o moral públicos) por otra rama del derecho (art. 19 C.N.). De lo contrario tendríamos que sostener que, mientras no se ocasione un daño, es lícito conducir un vehículo en la vía pública a velocidad excesiva o vender al público

alimentos que no han pasado por los controles bromatológicos y no han mantenido la cadena de frío.

También es sabido que un hecho no sancionado como delito penal puede, de todos modos, configurar un delito civil, en tanto se trate de un “acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (art. 1072 del C.Civil) y, en consecuencia, generar la obligación de indemnizar el daño causado directa o indirectamente (art. 1079 del C.Civil).

El aborto, aún cuando concurren las circunstancias que configuran las excusas absolutorias de los incisos 1° y 2° del art. 86 del C. Penal, importa quitarle la vida a otro ser humano y, por tanto es una conducta antijurídica, aunque más no fuera porque viola el principio alterum non laedere. ¿Qué mayor daño puede ocasionársele a otra persona que quitarle la vida? Por tanto puede configurar un delito civil y generar la obligación de indemnizar el daño material y moral (arts. 1077, 1078, 1079, 1081 y cc. C.Civil).

De ahí que es innegable que existe una inmensa distancia entre desincriminar penalmente una conducta y reconocer el derecho a ejecutarla, pero la distancia es todavía mayor si lo comparamos con reconocer el derecho a que se proporcionen los medios materiales para ejecutarla. De no ser así, podríamos decir también que a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arriola” (C.S.J.N., Fallos 332; 1963) que declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal, el consumidor de estupefacientes no solo está exento de pena sino que tiene derecho a que el Estado le provea esas substancias en cantidad y calidad adecuada, para no incurrir en una violación al principio de igualdad entre quienes tienen recursos para comprarlas y quienes no y al derecho a la salud y a la vida de estos últimos que, a falta de medios para adquirir estupefacientes de buena calidad, se verían obligados a adquirir otros de calidad inferior que ponen en serio riesgo su salud y su vida.

Esas son las razones por las cuales las normas provinciales arriba citadas, que prohíben la práctica del aborto en el ámbito del sistema de salud de la provincia aún en los supuestos en los que ella no es punible para el Código Penal, no resultan incompatibles con el derecho de fondo. Reitero: el Código Penal no otorga una autorización para abortar en los casos de los incisos del art. 86 ni, menos aún, confiere un derecho a hacerlo; se limita a disponer que en esos casos no habrá sanción penal, pero eso no obsta a la plena vigencia de las normas civiles y de Derecho Público local que siguen regulando las consecuencias no penales de esos abortos como actos antijurídicos que continúan siendo, aunque se los haya eximido de pena.

Toda pretensión de lograr forzosamente una uniformidad legislativa que pase por alto las declaraciones, derechos y garantías que válidamente ha reconocido la Constitución Provincial importará un avasallamiento de la autonomía local y una violación a la forma federal de Estado.

Poco tiempo después de sancionada la reforma constitucional de Córdoba de 1987, que introdujo las normas citadas en el punto 4.3 precedente, el Maestro Pedro J. Frías señalaba con su natural agudeza y poder de síntesis, lo siguiente: “Es mérito de algunas constituciones provinciales, entre ellas la de Córdoba, declarar que ‘la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables’ (art. 4). Sólo cabe comentar que siendo la desincriminación del aborto competencia del Congreso Nacional, en caso de que así lo hiciera total o parcialmente, la prohibición provincial sólo tendría validez dentro de sus políticas de salud” (Frías, Pedro J., “La Nueva Constitución de Córdoba”, ed. Marcos Lerner, Cba., 1988, p. 14).

No porque el legislador nacional haya dispuesto que, en ciertas condiciones, no es punible el aborto, éste deja de ser la privación de la vida de un niño. Por eso, si el Estado Provincial concurre en auxilio de quien quiera atentar contra la vida de un niño, mal podría considerarse que cumple con el mandato constitucional de “respetar y proteger” la inviolabilidad de esa vida, como se lo manda el art. 4 de la C. Pcial. y, menos aún el de ajustar sus políticas de salud a los lineamientos fijados por el art. 59 de la C.Pcial., que la obliga a prevenir los riesgos “de todas las personas, desde su concepción”. De lo dicho se concluye que, para nuestra Constitución, la dignidad de la persona, desde que es concebida y hasta su muerte, genera para la comunidad en general y para el Estado en particular, deberes de abstención (“respeto”) y deberes positivos o de acción (“protección”).

Si la decisión del Congreso Nacional, al eximir de pena al aborto en determinadas circunstancias, o aún la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar de cierta manera el Código Penal, prevalecieron sobre el mandato expreso de la Constitución Provincial de proteger la vida de los niños por nacer y sobre las leyes locales que lo reglamentan, ningún sentido tendría la forma federal de Estado (art. 1 C.N.) y la consecuente autonomía institucional de la Provincia (arts. 5, 121, 122 y 123 C.N.), máxime tratándose -como ocurre en el caso de autos- de una cuestión que hace a las políticas de salud, materia respecto de la cual la Constitución Provincial ha reafirmado de manera explícita que conserva el poder de policía en materia de legislación y administración.

En síntesis: el Gobierno Federal puede decidir si desincrimina o no el aborto en determinadas circunstancias, pero de ahí a imponerle a la Provincia que, a través de sus instituciones sanitarias, deba acudir en auxilio material y positivo de quien desee cometer el aborto, hay una inmensa distancia, máxime cuando esto es clara y manifiestamente reñido con disposiciones explícitas de la Constitución local. Lo primero es acorde con las reglas constitucionales de reparto de atribuciones entre el Gobierno Central y las Provincias, lo segundo es franca y abiertamente violatorio de esas reglas e importa una pretensión de avasallar la autonomía de la Provincia.

La Provincia de Córdoba ha adoptado en la materia una política que se ajusta a las previsiones de su Constitución, que tutela sin lugar a dudas los derechos humanos del niño por nacer, sin omitir la debida consideración con respecto al otro extremo del

conflicto (para decirlo con las palabras de la Dra. Argibay en su voto. Es que -como bien lo sostiene el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 1033/1088, la solución de “hacerla abortar” normalmente acarrea una huella psicológica y además, favorece un “ocultamiento” del verdadero problema subyacente en la mayoría de los casos, que es la existencia de situaciones de violencia familiar deja impunes a sus responsables y favorece con el silencio su continuidad. La solución que adopta el orden jurídico de Córdoba hace visible el verdadero problema y permite que se brinden a la mujer víctima de esa violencia, medidas adecuadas de protección y contención.

Coincido entonces con el criterio que ha sostenido el Ministerio Público en esta sede, en cuanto a que la política que señala la Constitución local resulta, por esas razones, la que mejor se adecua al logro de los objetivos que se proponen la Convención Interamericana de Erradicación de la Violencia de la Mujer y las Leyes Nacionales 26.485 y 24.417 de Violencia Familiar y la Ley Provincial 9283.-

Lo dicho pone de manifiesto que la Provincia de Córdoba, no sólo tiene atribuciones para fijar sus propias políticas en materia de salud conforme a su propia Constitución, con sus principios y valores, sino que -además- claramente lo ha hecho con un criterio que compatibiliza razonablemente los derechos e intereses de ambos extremos del conflicto, con miras al logro del Bien Común. En consecuencia, mal podría sostenerse que el contenido de una norma del Código Penal o su interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiera tener la virtualidad de dar por tierra con todo el orden jurídico de la Provincia.

4.5 Inconstitucionalidad provincial de la Resolución Ministerial e ilegitimidad manifiesta del acto lesivo.

Hemos concluido en los puntos precedentes que los arts. 4, 19 inc. 1° y 59 de la Constitución Provincial son normas que la Provincia de Córdoba ha dictado válidamente entre las bases de su orden constitucional y, en consecuencia, guardan armonía con la Constitución Nacional y demás normas que integran el bloque de constitucionalidad federal; que, además, la Ley Provincial N° 6222 constituye una reglamentación razonable de aquellas normas constitucionales y, también, que la mayor o menor amplitud que las autoridades del Gobierno Federal decidan darle a las excusas absolutorias del aborto ninguna incidencia puede tener en las políticas de salud de la Provincia y menos aún con los que fija la propia Constitución Provincial.

De esas premisas no podemos si no concluir, coincidiendo en esto con la Sra. Asesora Letrada interviniente, que la Resolución del Ministerio de Salud N° 93 del 30 de marzo de 2012 y su anexo I denominado “Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el artículo 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación” es claramente

inconstitucional porque el Poder Ejecutivo local se ha excedido en sus atribuciones ya que, aún con el propósito de ajustarse estrictamente a los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L., no podía dictar una norma reglamentaria que abiertamente contradice, no sólo el espíritu, sino la letra explícita de los arts. 5 inc. b) y 7 inc. d) de la Ley 6222. Ello nos lleva a coincidir con Justo Laje Anaya cuando dice que Córdoba y otras provincias, que con alguna celeridad se ocuparon de sancionar administrativamente estos “protocolos sobre aborto no punible” han “actuado con cierta precipitación” porque, se pregunta “¿Qué podría ocurrir si el Poder Legislativo resolviera no aceptar el criterio de la Corte y dejara las cosas sobre el aborto impune del art. 86, tal como están? Ya se sabe que una resolución judicial no es ley, porque otro es su carácter” (Laje Anaya, Justo; “Los protocolos sobre aborto no punible”, Zeus Córdoba, n° 497, 21 de agosto de 2012, p. 199).

Ahora bien, esa precipitación se torna más grave tan pronto comprobamos que los contenidos de la “Guía” que nos ocupa también resultan incompatibles con los arts. 4, 19 inc. 1° y 59 de la Constitución Provincial, por lo que ni siquiera la Legislatura local hubiera podido válidamente establecer el régimen que establece la reglamentación en cuestión, porque de ninguna manera podría superar el test de razonabilidad esa norma que le impone al Estado el deber prestacional de ejecutar el aborto que una madre ha decidido llevar a cabo, en los casos contemplados en el art. 86 del Código Penal según la denominada “interpretación amplia”. Más aún si para el supuesto de violación basta una simple declaración jurada aún a riesgo de que existan “casos fabricados”.

Tan escasa consideración para con la vida del niño por nacer no resulta compatible, más aún es absolutamente inconciliable, con las ya citadas normas constitucionales que le ordenan a los poderes públicos en especial, respetar y proteger esa vida.

Ha quedado de manifiesto entonces que la resolución ministerial de que se trata es inconstitucional, no sólo porque al contradecir la ley provincial 6222, violenta el reparto de atribuciones entre los poderes del Estado Provincial, sino además y sobre todo, porque en su contenido se aparta abiertamente del mandato de los arts. 4, 19 inc. 1° y 59 de la Constitución Provincial de respetar y proteger la vida de los niños por nacer. De ahí que se verifica con toda claridad que la vigencia de dicha reglamentación administrativa constituye una amenaza inminente y grave para el derecho a la vida de los niños por nacer y, como la incompatibilidad con la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales salta a la vista sin necesidad de mayor debate o prueba, estamos frente a un supuesto de ilegitimidad manifiesta del acto lesivo, que torna procedente sustancialmente la acción de amparo intentada.

4.6 El argumento de la responsabilidad internacional que podría generar la protección de la vida de los niños por nacer.

Aunque resulte paradójico, tanto la demandada, como la tercera coadyuvante y muchos de los amici curiae que han expresado su opinión en autos, insisten en que proteger el derecho a la vida de los niños por nacer haría incurrir en responsabilidad internacional a la República Argentina por supuesta violación de derechos humanos, si para ello se postergan otros derechos de las madres de esos niños tales como el derecho a la salud, a la vida, a la libertad, seguridad e integridad personal, a estar libre de violencia, a no ser sometida a tratos inhumanos, crueles o degradantes, a la igualdad y no discriminación y a la intimidad.

En el ya citado fallo de la Corte Suprema Mexicana se ha resuelto que “ni la dignidad ni ninguno de los derechos de la mujer se ve afectado por la protección de la vida a partir de la concepción, ya que de ninguno de esos derechos puede derivarse una libertad entendida como capacidad para decidir si desea o no interrumpir un embarazo, esto es, el derecho de abortar” y agrega que “en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano no se establece como derecho de la mujer el de decidir libremente si aborta o no” (S.C.J.N. México, Acción de inconstitucionalidad n°62/2009, Resolución del 29/09/2011, cit., voto del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano).

Además, en cuanto al planteo formulado en estos autos debo señalar que, salvo la invocación genérica al derecho a la vida, sin explicar -ni menos aún acreditar- cómo, de qué manera y en qué casos, el no practicar el aborto puede llevar necesariamente a la pérdida de la vida de la madre, todos los demás derechos que se invocan resultan en principio de jerarquía inferior al derecho que está en juego del niño que es nada más y nada menos que su 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, en tanto el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y un fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- por lo cual su persona es inviolable, constituyendo un valor fundamental con respecto al que los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” según lo ha dicho, parafraseando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (T.S.J., Sala Penal; “Vázquez, Rogelio Adrián p.s.a. homicidio culposo – Rec. de casación”, Sent. N°113 del 25/11/03. Foro de Córdoba N°89, p. 187).

Debemos tener en cuenta que cada vez que se presenta uno de estos conflictos entre los derechos de la madre que, salvo el derecho a la vida reitero, tendrán carácter instrumental mientras que el derecho a la vida del niño de naturaleza sustantiva, la primera generalmente invoca un real o probable o hipotético menoscabo a esos derechos que, por duro, grave y desgarrador que pueda parecernos en algunos casos, no se puede comparar con la muerte segura que se le ocasionará al niño al practicarse el aborto.

Pero además y por sobre todas las cosas, no podemos perder de vista al buscar soluciones al conflicto de derechos, que por el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño nuestro país se ha obligado frente a la comunidad internacional a

que los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos del Estado habrán de atender al “interés superior del niño” como “condición primordial”.

Los apelantes insisten en que, de no ponerse en vigencia inmediatamente la “Guía” aprobada por el Ministerio de Salud, la República Argentina incurriría en responsabilidad internacional por no acatar el informe del 22/3/2010 del Comité de Derechos Humanos, las observaciones finales para la Argentina del Comité de los Derechos del Niño, la observación general n° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso “L.M.R.” de fecha 29/3/2011 y otros documentos de similar naturaleza.-Pero no puedo compartir esa afirmación. No desconozco el deber que tenemos los jueces de ejercer, aún de oficio, el denominado “control de convencionalidad”, según la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (26/09/2006) y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (24/11/2006) y que al ejercer ese control los tribunales deben “tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, criterio éste que será luego asumido por nuestra Corte Suprema de Justicia al fallar el caso “Mazzeo” en 2007 (C.S.J.N., Fallos 330:3248). Sin embargo, de decir que los fallos del Tribunal Supranacional son una “insoslayable pauta de interpretación”, a sostener que tienen fuerza vinculante para todos los casos similares y aún cuando nuestro país no haya sido parte en la causa, al estilo del sistema de los precedentes obligatorios o *stare decisis* del Derecho anglosajón, hay una gran diferencia.

El tema de cuáles son los efectos jurídicos de la jurisprudencia internacional en el Derecho interno de nuestro país dista mucho de ser una cuestión pacífica, ya que hay posturas totalmente contrapuestas en la doctrina y la jurisprudencia.

Téngase presente que los tratados internacionales pueden aparecer no sólo condicionados por otros documentos internacionales de igual cotización jurídica, como los que específicamente regulan su operatoria, sino también por el propio entramado constitucional: “(...) esas pautas directrices no sólo van a provenir de estos documentos, sino también las Constituciones internas aspirarán a tener voz en estas cuestiones...” (Carnota, Walter F., “El marco teórico-conceptual de los tratados Internacionales”, en “Tratado de los Tratados Internacionales”, p. 5, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2011). En esta inteligencia el artículo 27 de la Constitución Nacional consagra -con claridad meridiana- la exigencia de que los tratados internacionales “estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Y sabido es que un principio de Derecho Público por excelencia, como consecuencia del Estado Federativo que implementa el art. 1 de la Ley Fundamental interna es el de subsidiariedad federal en la medida que trasunta el reconocimiento de la autonomía institucional y política de las Provincias (arts. 5, 122, 123 y conc. C.N.) como el deslinde de poderes que formula el art. 121 de la C.N. En consecuencia, en el caso de

autos no puede marginarse -como puse de resalto en los puntos 4.4 y 4.5 – el impacto de los arts. 4, 19 inc. 1° y 59 de la Constitución de Córdoba, como tampoco que, vinculado el thema decidendum a políticas de salud, la Constitución Provincial ha reafirmado -de manera explícita- que conserva el poder de policía en materia de legislación y administración a la luz del propio campo de acción delimitado por el art. 121 de la C.N.

Ese dato no es de entidad menor porque, como dice Carnota: “(...) esta regla constitucional argentina (art. 27 C.N.), frecuentemente olvidada en nuestro medio a favor del art. 31 y luego de 1994, del art. 75.22, realmente no tiene desperdicio...Existen “principios de derecho público” (muchos antes que Alexy, por cierto) que constituyen el núcleo duro que hace el orden público constitucional interno y que lo hacen prevalecer sobre disposiciones convencionales internacionales...” (Carnota, Walter F., op. cit., p. 5).

Bajo tales premisas, esta depuración resulta estrechamente ligada -como sucede mutatis mutandi con el sistema convencional articulado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos a la doctrina del margen de apreciación nacional, en tanto ésta supone una autocontención (self-restraint) por parte de los Tribunales Supranacionales de Derechos Humanos quienes, por definición, no deben normalmente sustituir las apreciaciones de las autoridades nacionales -a lo que cabe añadir las subnacionales- en la configuración de los derechos de cada ordenamiento, pues tales instrumentos convencionales no se erigen en un “(...) texto refundido que reclame la adopción de las mismas decisiones de todos los Estados miembros antes bien supone singularizar unos estándares mínimos comunes. El nivel de protección de los derechos y las diversas fórmulas o variantes posibles para concretarlos distan todavía de ser homogéneos en naciones con tradiciones jurídicas y culturales tan diversas. Pero nadie se limita bien así mismo si no se ha asentado una división de poderes...” (García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en “Teoría y realidad constitucional”, UNED, N° XX, II Semestre, 2007, p. 117 y ss.).

En suma, dicha doctrina deja en claro el carácter complementario del S.I.D.H. respecto del ordenamiento nacional, a la vez que deviene ligado a la vigencia del principio de subsidiariedad.

Desde otra perspectiva, lo cierto es que, objetivamente hablando, el único compromiso de acatamiento obligatorio que ha hecho nuestro país en los sistemas de protección supranacional de derechos humanos se refiere a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que ha sido parte (art. 68.1) y, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sentado el criterio de que la jurisprudencia internacional “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (C.S.J.N. en “Giroldi, Horacio D.” Fallos 318:514 y “Bramajo, Hernán, Fallos 319:1840), esa función de “guía” no implica necesariamente una “aplicación irreflexiva y automática” de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana u otros tribunales supranacionales, tal como lo ha dicho el entonces Procurador General

de la Nación, Dr. Esteban Righi, oportunidad en la que añadió que la obligación de “tener en consideración” esa jurisprudencia “incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad de la jurisprudencia al caso concreto, de exponerla y discutirla razonadamente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se la sigue en el caso particular” , como así también que “los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales” , pero aclara que ello debe hacerse “sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno” (Dictamen del Procurador General de la Nación del 10/03/2010 en “Acosta, Jorge Eduardo y otro s/Recurso de Casación”; S.C. A 93 XLV).-

En esta orientación, Bianchi apunta: “(...) bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la “de tener en cuenta” su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de “acatar” su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los cuales los Estados son parte. Conforme al artículo 68 (1) solamente tales sentencias son obligatorias...Por ello, entiendo que a los precedentes de la Corte IDH le son plenamente aplicables los mismos principios que la Corte Suprema ha asignado a sus propios precedentes” (Bianchi, Alberto, “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, LA LEY, 2010-E, 1090; el subrayado me pertenece).-

Pero, aunque ciertamente también hay polémica, parece mas clara la cuestión en lo que se refiere a los efectos de las decisiones de otros órganos de carácter no jurisdiccional dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos. Es verdad que alguna doctrina considera que todas las decisiones de los órganos que monitorean el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, llámense comités o de otra forma, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico como fuentes del mismo (véase Rossetti, Andrés en Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales FAc. Der. Y Cs. Sociales U.N.Córdoba, págs. 123-136). Pero en mi opinión esa postura carece de sustento.

En efecto, en mi apreciación son más sólidos los argumentos de quienes sostienen que esos documentos carecen de toda fuerza vinculante para el Estado Argentino por las siguientes razones:

1) El único organismo jurisdiccional cuyas decisiones nuestro país ha decidido reconocer como obligatorias y vinculantes es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 68.1 C.A.D.H.). Los denominados comités no tienen carácter de órgano jurisdiccional y, más aún, su integración no requiere título ni conocimientos jurídicos.

2) Como dice Jorge Ocantos, las intervenciones de los comités de estos organismos supranacionales concluyen con “recomendaciones” u “observaciones” carentes de fuerza obligacional para los Estados. Tanto es así que el significado literal de los

términos “informes”, “observaciones”, “recomendaciones”, no transmite decisión, ejecutoriedad o exigibilidad de acatamiento, si no parecer, opinión, evaluación, valoración. (Ocantos, Jorge; “Instrumentos elaborados por los órganos de contralor de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el Derecho interno”, LA LEY, 2012-A, 674).

3) Basta una simple lectura del art. 40 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece el régimen del Comité de Derechos Humanos o de los arts. 44 y 45 del Comité de los Derechos del Niño, para verificar que las atribuciones de estos órganos no incluyen, ni remotamente, el dictar resoluciones de carácter obligatorio y vinculante.-

Por eso, cuando nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado explícitamente sobre el punto ha dicho que “si bien por el principio de la buena fe el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorables a las recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial” (C.S.J.N., en “Acosta”, Fallos 321:3564; en igual sentido en “Felicetti”, Fallos 323:4130).-

En base a tales consideraciones podemos concluir con Pilar Zambrano y Estela Sacristán cuando, al comentar el fallo de la Corte Suprema en el caso “F.A.L.”, dicen que estas decisiones de los comités o comisiones u otros órganos no jurisdiccionales de los diversos sistemas de protección de derechos humanos, “al carecer de fuerza vinculante, ninguna responsabilidad pueden generar y, a todo evento, la Corte Suprema misma omite mencionar en el fallo la norma internacional con responsabilidad por incumplimiento de observación final” (Zambrano, Pilar y Sacristán Estela B., “¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales”; J.A., 2012-II).

Por otra parte, ninguno de los documentos invocados en sustento de este argumento revela por su contenido que se haya analizado y resuelto la cuestión desde la perspectiva del conflicto de derechos y la necesidad de armonizarlos. Por el contrario, en general se advierte un enfoque absolutamente unilateral que, como dice la Dra. Argibay en su voto (aunque en sentido inverso), “omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto” y, más aún, si se analiza el reciente caso “L.M.R.” en el que el Comité de Derechos Humanos emitió su dictamen el 29 de marzo de 2011 puede advertirse que la representación del Estado Argentino, lejos de esgrimir la defensa del derecho a la vida del niño por nacer para defender la legitimidad de la postura, se ha allanado a los cuestionamientos, reconociendo que “había existido una interferencia ilegítima por parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires” y que se habían “violado varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/CCPR-C-101-D-1608-2007).

En consecuencia, considero que no puede decirse que exista una jurisprudencia internacional que haya sentado criterios sobre el modo de resolver el conflicto de derechos que se presenta, en casos como el que pretende regular la resolución ministerial en cuestión, entre los del niño por nacer y los de su madre.

Las razones expuestas me conducen a desestimar la objeción que formulan la demandada y la tercera coadyuvante con sustento en una eventual responsabilidad internacional del Estado Argentino.

5. Conclusiones.

Las razones arriba expuestas conducen a una admisión parcial de la apelación de la parte actora, haciendo extensiva la declaración de inconstitucionalidad a toda la resolución ministerial objetada en autos, lo que exime a la Cámara de tratar los restantes agravios de la demandada y tercera coadyuvante referidos a la parte de la sentencia que queda modificada. También se concluye en que las apelaciones de la demandada y tercera coadyuvante deben ser desestimadas.-

En cuanto a las costas, considero que la diversidad de posturas doctrinarias que hay con relación al tema debatido y la novedad de las cuestiones planteadas hace que haya mérito suficiente para apartarse en este caso de la regla del vencimiento y hacer uso de la atribución que le confiere al tribunal el art. 130 del C.P.C.C., imponiendo las costas por el orden causado.

Así voto.

El señor vocal doctor Julio L. Fontaine dijo:

Adhiero al voto del Dr. Guillermo E. Barrera Buteler.

La señora vocal doctora Beatriz Mansilla de Mosquera dijo:

Adhiero a las consideraciones manifestadas por el Sr. Vocal del primer voto.

A la segunda cuestión:

El señor vocal doctor Guillermo E. Barrera Buteler dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión y de acuerdo con el resultado de la votación en el acuerdo propongo: 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación de la parte actora y admitir, también parcialmente, el amparo planteado en autos, ordenando a la demandada se abstenga de aplicar las disposiciones de la Resolución del Ministerio de Salud N° 93 del 30 de marzo de 2012 y su anexo I denominado "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el artículo 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación" que se declara inconstitucional. 2) Rechazar las apelaciones de la demandada y la tercera coadyuvante. 3) Imponer las costas por el orden causado.

El señor vocal doctor Julio L. Fontaine dijo:

Adhiero al voto del Sr. Vocal preopinante.

La señora vocal doctora Beatriz Mansilla de Mosquera dijo:

Adhiero a la decisión que propone el Dr. Guillermo E. Barrera Buteler en su voto.

Por el resultado de los votos que anteceden el Tribunal:

Resuelve:-

1) Hacer lugar parcialmente a la apelación de la parte actora y admitir, también parcialmente, el amparo planteado en autos, ordenando a la demandada se abstenga de aplicar las disposiciones de la Resolución del Ministerio de Salud N° 93 del 30 de marzo de 2012 y su anexo I denominado "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el artículo 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación" que se declara inconstitucional. 2) Rechazar las apelaciones de la demandada y la tercera coadyuvante. 3) Imponer las costas por el orden causado.

Protocolícese y bajen. — Guillermo E. Barrera Buteler. — Julio L. Fontaine. — Beatriz Mansilla de Mosquera.