

(Registro: Tomo 177:803/850)

_____ Salta, 12 de julio de 2013.

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**CARI, IRENE – PRESIDENTA DEL FORO DE MUJERES POR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES; DEFENSORÍA OFICIAL CIVIL N° 4: DRA. NATALIA BUIRA – ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**" (Expte. N° CJS 35.475/12), y _____

CONSIDERANDO: _____

_____ Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas** y **Sergio Fabián Vittar**, dijeron: _____

_____ 1°) Que a fs. 30/48 vta. la presidenta del Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades Irene Cari y la Defensora Oficial Civil n° 4, Dra. Natalia Buirá, interponen acción de inconstitucionalidad contra el Decreto n° 1170/12, por ser contrario -sostienen- a lo dispuesto en los arts. 16, 18, 19, 28 y 76 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 12, 13, 16, 17, 22, 23, 41 y 42 de la Constitución Provincial, arts. 6.1, 7°, 17 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. I, V y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 3°, 12 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 4°, 5°, 11.2 y 24 de la Convención Americana, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 5° y 12 inc. 1° de la CEDAW, en la Observación n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y en la Ley 23592 sobre actos discriminatorios. _____

_____ Afirman que la norma en cuestión prescribe la asistencia del Ministerio Público, intervención que no está prevista en el art. 86 del Código Penal, y que tal participación podría operar como una barrera dilatoria o disuasoria de la decisión de la mujer. Agregan que el Poder Ejecutivo carece de facultades para modificar la competencia de ese Ministerio. _____

_____ También se agravan de la facultad que el decreto brinda a los profesionales de la salud de efectuar una objeción de conciencia y sostienen que tal derecho no puede ser ejercido por los operadores de salud de hospitales públicos de la provincia. _____

_____ Indican que del fallo dictado por la Corte Federal en los autos "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" se desprende una serie de deberes en cabeza de los funcionarios, entre los que se encuentra fundamentalmente la obligación negativa de respetar las decisiones de las mujeres y de abstenerse de interferir en el acceso a servicios creando barreras que desvirtúen la realización de un aborto no punible. Agregan que se debe garantizar una adecuada información, el respeto de la autonomía personal y las condiciones institucionales que permitan que el acceso al servicio se cumpla de manera segura y efectiva. _____

_____ Consideran que los requisitos impuestos en el decreto se erigen como un trámite desproporcionado en relación con los derechos que el art. 86 del Código Penal intenta proteger y que el objetivo y espíritu de la norma no es el respeto de la autonomía de voluntad de la mujer, sino el tratamiento del hecho delictivo, ya sea solicitándose su denuncia o bien suministrándole el tratamiento de víctima. Indican que si a quien ha sufrido una violación se le imponen una serie de procedimientos para remediar los efectos del delito, se vulnera la instancia privada del mismo. _____

_____ Alegan que la normativa en análisis impone a las mujeres un trato discriminatorio y limita su libertad reproductiva. Consideran que los derechos constitucionales a la autonomía, privacidad e intimidad protegen la facultad de resolver sobre la interrupción o continuación del embarazo, decisión que no puede ser interferida por la injerencia del Estado y la mediación de terceros. _____

_____ Destacan el valor de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa referida precedentemente y su obligatoriedad. _____

_____ Solicitan que se declare la inconstitucionalidad del Decreto n° 1170/12 y se ordene al Poder Ejecutivo la adopción de una serie de medidas para la atención de los abortos no punibles en los hospitales de la Provincia. _____

_____ Corrido traslado a la Provincia de Salta, a fs. 102/108 vta. contesta el Sr. Fiscal de Estado y requiere el rechazo de la demanda por las razones que allí expresa. _____

_____ A fs. 296/300 dictamina la Sra. Asesora General de Incapaces quien se pronuncia por el rechazo de la demanda y expresa que la intervención del asesor de incapaces en el caso que la víctima del delito sea una menor, se encuentra prevista por ley y no puede considerarse violatoria de derecho constitucional alguno. _____

_____ Declarada la cuestión de puro derecho a fs. 109, a fs. 114/117 vta. y 121/123 vta. se agregan los alegatos de las actoras; a fs. 379/390 dictamina el señor Procurador General de la Provincia -en el marco de lo dispuesto en el art. 32 ap. 1 de la Ley 7328- en el sentido de que corresponde decidir la falta de legitimación activa de la Defensora Oficial Civil n° 4 y disponer el rechazo de la demanda y a fs. 391 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme _____

_____ Corresponde dejar constancia que se tuvo como presentados en el carácter de "amicus curiae" al señor Defensor del Pueblo (v. fs. 307/320) y a la Asociación por los Derechos Civiles (v. fs. 350/364). _____

_____ 2°) Que en primer lugar, debe analizarse la legitimación de las actoras para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad en el marco de lo dispuesto en los arts. 704 y ss. del CPCC. Ello es así porque, contrariamente a lo señalado por la defensora oficial a fs. 121 vta., apartado I, sea que hubiere mediado o no denuncia de parte, por vía de excepción previa o en el responde de la demanda, tratándose la calidad o legitimación para obrar de un requisito esencial del derecho de acción (o de la pretensión), el juez debe examinar de oficio el tema, que constituye una típica cuestión de derecho. Sólo después de acreditarse las "justas partes" o las "partes legítimas" -condición de admisibilidad intrínseca de la acción o pretensión- se entra en el juzgamiento del mérito, atendibilidad o fundabilidad de lo pretendido (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos...", Edit. Abeledo - Perrot, 1990, Tomo IV-B, pág. 221). _____

_____ En cuanto a la Asociación cabe reconocer su legitimación por cuanto funda su acción en que las normas impugnadas de inconstitucionales implicarían una discriminación en razón del género y la vulneración a los derechos de las mujeres, cuya protección se encuentra entre los objetivos señalados en el artículo segundo de su estatuto (v. fs. 53/54). _____

_____ Conforme lo ha señalado la doctrina, la legitimación de las asociaciones para actuar en juicio en defensa de los intereses del sector -en los términos previstos en el art. 43 de la Constitución _____

Nacional- fue reconocida asimismo por los tribunales no sólo en relación con la vía del amparo sino también respecto de la promoción de una acción declarativa de inconstitucionalidad, en procesos de conocimiento más amplios, y también por la vía del "recurso" directo -previsto en los marcos que establecen el régimen de los servicios públicos- ante la instancia judicial. Se tuvo en cuenta, por un lado, la similitud de la acción de amparo y de la mencionada acción declarativa, en cuanto ambas tenían una finalidad preventiva y no requerían la existencia de daño consumado (cfr. CSJN, Fallos, 320:690). Por otro lado se consideró que si las asociaciones se encontraban legitimadas para iniciar una acción de amparo, no se advertía que el hecho de que en el ordenamiento se previera -para la causa- un proceso de conocimiento más amplio pudiera tener influencia sobre la aptitud de aquéllas para estar en juicio. Por último, es conveniente reiterar que, de acuerdo a los principios generales expuestos, no corresponde exigir un daño personal y directo, ni que la asociación sea titular de una relación jurídica sustancial para tener legitimación procesal, ya que el ordenamiento jurídico le reconoce esa legitimación no sólo cuando invoca su calidad de "afectada", sino también, para actuar en defensa de los intereses comunes del sector, cuando el éxito de la pretensión reporta de algún modo, a aquellos en interés de quienes se la formula, "provecho", "utilidad", "ganancia", beneficio, comodidad, "conveniencia... de carácter colectivo...", en el orden moral o material; o, dicho de otro modo, evita un perjuicio, un daño, una lesión, un menoscabo, una incomodidad. Negar la última posibilidad equivaldría a negarles, en buena parte, su misma razón de ser (cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", L.L. 2003-B, 1333).

En consecuencia, y en atención a la naturaleza eminentemente declarativa de la pretensión, corresponde tener a la asociación actora como legitimada para deducir la demanda de autos.

A diferente conclusión cabe arribar en relación a la legitimación de la Defensora Oficial Civil N° 4 quien invoca en la demanda que promueve la acción en virtud de lo dispuesto en el art. 166 incs. a) y c) de la Constitución Provincial; que comparece en el carácter de ciudadana de conformidad con lo normado en la Ley 26061; que el art. 1° del Decreto n° 1170/12 prescribe la asistencia del defensor oficial por lo que -dice- lo involucra en una práctica claramente inconstitucional y, finalmente, porque como defensora oficial tiene la obligación de hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Si bien la Constitución Provincial establece en el art. 166 apartado a que el Ministerio Público tiene -entre sus atribuciones y deberes- la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, de ello no cabe concluir -sin más- que sea la defensora oficial quien se encuentra legitimada como su representante, más aún si se tiene en cuenta que el Sr. Procurador General ha sostenido una postura contraria a lo planteado por ella, solicitando el rechazo de la demanda (cfr. dictamen de fs. 379/390), posición compartida por la Sra. Asesora General de Incapaces (v. fs. 296/300), en tanto que el Sr. Defensor General observó que la intervención de la Dra. Natalia Buirra deviene a título personal (v. fs. 378). En cuanto a su agravio por la intervención del Ministerio Público prescripta en

el decreto que impugna, corresponde tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución n° 123 del Sr. Defensor General, en el sentido de que son los defensores oficiales penales quienes prestarán asistencia a las víctimas en el marco de lo dispuesto en el Decreto n° 1170/12 (cfr. fs. 376 y vta.), lo que deja sin sustento el agravio que refiere al respecto. Por lo demás, la obligación de hacer efectivo el acceso a la justicia no tiene vinculación con el planteo efectuado al no tender a facilitar ese acceso a una persona en situación de vulnerabilidad sino a facilitar -según los términos de su demanda- la interrupción del embarazo de las víctimas de delitos contra su integridad sexual.

En atención a que en el escrito presentado a fs. 397 y vta. la defensora señaló que la acción intentada por su parte era la prescripta en el art. 704 y sgtes. del C.P.C.C. (cfr. ap. I.a de fs. 397) corresponde declarar su falta de legitimación activa para actuar en defensa de un interés individual o de sector, particular o mensurable, como lo es el que tiende a proteger la acción prevista en el ordenamiento procesal.

3°) Que el planteo formulado tiende a abatir, por inconstitucional, el Decreto n° 1170/2012 (B.O., 26/03/2012 - ADLA 2012-B, 2221), el que fue dictado en razón de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", Expte. N° 259.XLVI. En sus considerandos el Poder Ejecutivo de la Provincia indicó que correspondía tener en cuenta la exhortación efectuada por el Alto Tribunal a las autoridades nacionales y provinciales de implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual; que tal exhortación constituye solamente una recomendación, más aún cuando se refiere a cuestiones procedimentales, sin que pueda soslayarse la importancia institucional del fallo, en atención a la especial naturaleza de la materia y al Órgano del que emana; que corresponde adoptar criterios armónicos que permitan proteger a las víctimas de los delitos como también impedir que se utilicen fraudulentamente prácticas ilegales; que resulta conveniente ampliar las guías de procedimiento existentes en la Provincia destinados a la protección y atención de las víctimas de violencia sexual, en relación a los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, producto de un delito de abuso sexual, dejando a salvo -expresamente- el derecho de los profesionales médicos a ejercer su objeción de conciencia; que resulta conveniente para los intereses y la protección integral de la víctima que la declaración jurada a la que se alude en el fallo, sea realizada con la asistencia tutelar del Ministerio Público; que en caso de existir denuncia penal, ella será instrumento suficiente para dar por autorizada la práctica prevista en el artículo 86 inciso 2° del Código Penal. Con tales fundamentos dispuso instruir a los señores Ministros de Salud Pública y de Derechos Humanos para que, elaboren las guías de procedimientos necesarias para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y la concreta atención de los abortos no punibles en los hospitales públicos, estableciendo como autorizada su práctica con la presentación de la denuncia penal o la declaración jurada con asistencia del defensor oficial o del asesor de menores e incapaces según corresponda.

Corresponde dejar establecido que la actora no impugnó la Resolución Ministerial Conjunta n° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y n° 797/12 del Ministerio de Salud Pública, que

aprueba la "Guía de procedimiento para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y la concreta atención de los abortos no punibles, conforme lo establecido en el artículo 86 inc. 2° del Código Penal" (B.O. N° 18.833 del 22 de mayo de 2012), al no haberse ampliado la demanda en contra de esa normativa.

4°) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" (La Ley online, AR/JUR/1682/2012) con sustento en que correspondía realizar una interpretación amplia del art. 86 inc. 2° del Código Penal resolvió que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de la víctima. Sostuvo que no se podía imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el efectivo goce de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para la salud y exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a implementar protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles.

5°) Que es doctrina del más Alto Tribunal de la República que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos, 302:1284; 310:112; 323:1339). En la causa "T., S." (Fallos, 324:5), reafirmó el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerando 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 316:479, votos concurrentes; Fallos, 325:292, voto de la mayoría). Este Tribunal, en igual sentido sostuvo que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Tomo 145:497; 152:381; 159:879; 165:041; 165:255, entre muchos otros).

El derecho a la vida es un presupuesto de los demás derechos y aunque no fue enunciado expresamente en el art. 14 de la Constitución de 1853, entre los que se reconocen a los habitantes del país, aquel derecho está implícito en la declaración del art. 33 y garantizado en el 29 al prohibir esta norma todo tipo de dictadura legal que lo afecte. Su fuente normativa se encuentra en las declaraciones y los pactos internacionales de derechos humanos que, con la introducción del art. 75 inc. 22 en la Constitución Nacional, gozan de igual jerarquía que ésta.

Así el art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 3° que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" y en el 4-1 que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 3° indica que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y en el 6° que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en el art. 6° establece

que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"

Al respecto se ha señalado que la contundencia y especificidad del art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica importan una valla difícil de superar. Si hay tutela de la vida, en general, desde la concepción, la extinción de esa vida antes del parto (y obviamente después) no resulta "prima facie" acorde con el pacto (cfr. Sagüés, Néstor P., "El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos", J.A., 2012-III, págs. 1129/1138). Agrega este autor en su crítica al informe 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Baby Boy", al que refiere la Corte Suprema de la Nación, que la Comisión (por mayoría) parece sostener que la expresión "en general" del art. 4-1 del Pacto de San José, permite a cada Estado establecer cuantas excepciones quiera al principio del respeto a la vida de las personas por nacer. Obviamente -dice- con esto está vaciando de contenido al citado art. 4-1: si los Estados pudiesen regular "a piacere" el tema del aborto, dicho precepto está prácticamente desmontado, o si se prefiere, licuado. Tal exégesis importa invertir el orden de bienes y de valoraciones del aludido art. 4-1: en vez de regir el derecho a la vida de la persona por nacer, en general, los estados tendrían siempre la facultad de restringirlo discrecionalmente, incluso, aparentemente, si aceptasen el aborto discrecional y libre (al estilo de Estados Unidos en el caso "Roe vs. Wade", durante los primeros meses del embarazo) y eso, a pesar de que el mismo artículo 4-1 del Pacto insiste en que "nadie" puede ser privado de la vida arbitrariamente. Y, desde luego, entre esos "nadie", está el feto, que jurídicamente es niño para la Argentina, conforme lo puntualiza la cláusula interpretativa prescripta en el art. 21 de la Ley 23849, sancionada en ocasión de ratificarse la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño. Ello significa, sigue diciendo este autor: 1) que el aborto puramente discrecional o libre, derivado del pleno arbitrio de quien lo decide es frontalmente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y 2) que el aborto eventualmente permitido por dicho Pacto, a título de excepción debería (en función del valor vida en juego) responder a causas gravísimas y desde luego, no arbitrarias. Se trata, nada menos, de ponderar qué circunstancias podrían convalidar la privación de vida a una persona (el niño), cancelando su gestación.

6°) Que la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 6° dispone que los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (ap. 1°) y que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (ap. 2°). A su vez, dicha Convención dispone en su art. 1° que quedan comprendidos en la categoría "niño" a los fines de dicho Tratado "... todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"; este alcance a su vez ha sido expresamente interpretado por la Ley Argentina aprobatoria de dicho Tratado (art. 2° de la Ley 23849), declarando que dicho art. 1° de la Convención "... debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad"; interpretación ésta que determina las "condiciones de vigencia" de dicho Tratado en nuestro ordenamiento interno, y que en cuanto tal, goza igualmente de jerar-

quía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 de la C.N.).
Esta declaración interpretativa no puede ser desconocida por los jueces ya que ella evidencia cuál fue la intención de nuestro país al momento de ratificar el acuerdo.

En derecho internacional una declaración interpretativa no es sino "una manifestación unilateral -cualquiera sea la forma en que sea enunciada o denominada- realizada por un Estado o por una organización, por la cual dicho Estado u organización intenta precisar o clarificar el sentido o alcance atribuido por el declarante a un tratado o a alguna de sus cláusulas. Este mecanismo es comúnmente utilizado por los Estados al obligarse internacionalmente y se diferencia hoy en día de las reservas en que, mientras éstas persiguen excluir o modificar los efectos legales de ciertas cláusulas del tratado, las declaraciones interpretativas tienen por objeto interpretar el tratado, sea en su totalidad, sea en alguna de sus cláusulas, sin procurar modificarlo sino solamente clarificar el sentido que el Estado o la organización atribuyen al tratado o a sus cláusulas" (cfr. Vítolo, Alfredo M., "Una sentencia arbitraria: el fallo 'F., A. L.' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", J.A., 2012-II, págs. 403/413).

Debe reseñarse que la aprobación de la Convención fue tratada en primer lugar en la Cámara de Senadores ante la que se puso a consideración el Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto en el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo por el que se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Allí se indicó, entre otras cuestiones que "Nuestro país hará asimismo una declaración interpretativa con relación al artículo 1º de la Convención. Teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el Código Civil argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno, se entiende que niño es todo ser humano desde la concepción y hasta alcanzar los 18 años. Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la Convención con respecto a la protección de las personas por nacer. Sobre las materias antes señaladas continuará siendo de aplicación para nuestro país la legislación nacional". El proyecto fue aprobado por unanimidad tanto en la Cámara de Senadores como en la Cámara de Diputados de la Nación.

Según los trabajos sobre "Reservas a Tratados" de la Comisión Internacional de Derecho, la Asamblea General de las Naciones Unidas votó en 1999 (Reunión N° 55) que la declaración interpretativa tendrá los mismos efectos que las reservas a los tratados. Asimismo estableció que las declaraciones interpretativas obligan a los Estados parte en las condiciones de la interpretación formulada (cfr. Comentario a las "Draft-lines" de la Guía Práctica, publicadas en el Yearbook de 1999, pág. 335; cit. por Basset, Úrsula, E.D. 219-2006, pág. 764).

En el Código Civil -tenido en cuenta por nuestros legisladores al aprobar la Convención- existen varias disposiciones referidos a la personalidad y a los derechos de la persona por nacer: el art. 51 que establece que "los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible"; el art. 63 prescribe que "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; el art. 70 indica que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes

de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre"; el art. 71 dice que "naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica"; el art. 72 que "tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo"; el art. 74 que "si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido". Además en la nota al art. 63 Vélez Sarsfield indica que las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. También el art. 264 prescribe que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

_____ La Ley 26061 (ADLA 2005-E, 4635) en su artículo 2° declara que la Convención sobre Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (en nuestro país desde la concepción por la declaración interpretativa referida precedentemente) en todo acto, decisión o medida que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad. En su artículo 3° define que se entiende por "interés superior del niño" "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"; a su vez en el art. 8° establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

_____ Finalmente también debe apuntarse que la Constitución de la Provincia en el artículo 10 establece que la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. También en el art. 17 refiere a que todos los habitantes de la Provincia... tiene derecho a defenderse y ser protegidos en su vida...

_____ 7°) Que en su comentario al fallo dictado por la Corte Federal en la causa "F., A. L.", sostiene Sagüés que la posibilidad de despenalizar un acto constitucionalmente ilícito es una medida que a menudo ingresa, en la esfera de la prudencia legislativa, es decir, en el ámbito de un recto ejercicio de las competencias que la constitución da al legislador. La tutela a la vida de la persona no siempre es igual: hay privaciones de vida más o menos castigadas (homicidio simple, culposo), y algunas, no castigadas (legítima defensa, v. gr.). En el caso del aborto, acto constitucionalmente ilícito, graves razones pueden explicar alguna vez su no incriminación legal, lo que no implica, de por sí, "legalizarlo" ni reputarlo acto amparado con la Constitución. Ésta no impone, de modo inexorable para el legislador, el castigo penal al aborto procurado, aunque desde luego permite el reproche penal, pero su hipotético no castigo no lo transfigura, automáticamente, en un acto impecablemente lícito y compatible con la constitución, ni generador de derechos para quien lo practica (cfr. op. y loc. cit.).

_____ El problema del aborto entraña, también, una cuestión social. Por eso resulta necesario –sin paternalismo alguno– examinar

y comprender las circunstancias que favorecen los embarazos adolescentes, en situación de peligro para la vida de la madre y del niño en gestación, la violencia intrafamiliar que en ocasiones los provocan, la pobreza estructural que impide una gestación cuidada. Comprender las situaciones extremas y dolorosa de las mujeres afectadas, debe llevar a clausurar las réplicas acusatorias o los juicios severos para con la conducta asumida por la gestante, cuando el aborto ya se ha cometido. Pero la comprensión de las situaciones no implica la justificación de una práctica que anula el desarrollo pleno de una vida en gestación, que remedia un mal eventual o en potencia con un mal concreto y sin remedio (cfr. Gelli, María Angélica, "Los planos de análisis en el derecho a la vida y la cuestión del aborto", L.L. 2006-E, 741).

8°) Que esta Corte en forma reiterada ha seguido en sus decisiones la doctrina del más Alto Tribunal de la República en sus diferentes integraciones por la autoridad que inviste, pero ello no la exime de emitir pronunciamiento en los distintos casos que se le presenten efectuando el control de constitucionalidad que prevé tanto la Constitución Provincial como el ordenamiento procesal. Ello porque como lo ha señalado reiteradamente ese Tribunal, no existe óbice para que todo magistrado argentino, federal, nacional o provincial, sea cual fuere su competencia, se pronuncie sobre las cuestiones constitucionales que pudiesen proponerse en los asuntos que deba juzgar (causa "Strada", Fallos, 308:490), en virtud de la naturaleza difusa del control de constitucionalidad que ejercen todos los jueces del país (causa "Di Mascio", Fallos, 311:2478, entre otros), de nuestro sistema federal y de las autonomías provinciales (Fallos, 311:1588, 1597; 313:548; 323:3859 y sus citas; 328:425).

9°) Que en el decreto impugnado de inconstitucional se prescribe el derecho de la mujer embarazada, cuya situación esté comprendida en el art. 86 inc. 2° del Código Penal de la Nación, o de su representante legal, de solicitar la realización de un aborto, previa declaración jurada con asistencia del defensor oficial, o asesor de menores e incapaces, según corresponda, o una denuncia policial.

Tales disposiciones no aparecen aptas para vulnerar los derechos de las víctimas de violencia sexual, como lo sostiene la impugnante. Ello porque, al tratarse de una práctica médica que produce la eliminación de un niño -según el derecho argentino- las medidas adoptadas no resultan inconstitucionales ni irrazonables, si se tiene en cuenta que el objetivo es evitar la existencia de "casos fabricados" según expresamente lo indicó el Poder Ejecutivo al dictar el decreto cuestionado.

En cuanto al riesgo de que se conviertan en una barrera "disuasoria", a más de ser un agravio conjetural, no se advierte cuál es el derecho constitucional vulnerado de la víctima, si luego de ser asistida por funcionarios del Ministerio Público, decide tener a su hijo. Por lo demás, la actora no logra demostrar que lo indicado en la norma sea un "trámite desproporcionado" (cfr. 38 vta.), ni un procedimiento dilatorio, al haberse fijado en los protocolos un plazo de 10 días hábiles para su realización (cfr. art. 8°).

Tampoco se advierte el alegado avance sobre la competencia del Ministerio Público, en atención a que -como lo señaló la Sra. Asesora General de Incapaces en su dictamen- el alcance de las facultades y deberes del asesor de incapaces surge del Código Civil (arts. 59 y 494) y del art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio

Público (Ley 7328), de los que resulta que siempre que se encuentre en juego el derecho de un niño, se trate de una cuestión judicial o extrajudicial, la intervención del ministerio público pupilar deviene obligatoria y necesaria. El Sr. Defensor General de la Provincia a su vez dispuso que los defensores oficiales penales deben prestar asistencia técnica a las personas mayores de edad que comparezcan en carácter de víctimas de un delito de abuso sexual con acceso carnal, en el marco de lo dispuesto en el Decreto n° 1170/12 (cfr. Resolución n° 123/20012 copiada a fs. 376 y vta.), lo que evidencia que tampoco considera invadida su competencia.

10) Que resta analizar el agravio referido al respeto del derecho de objeción de conciencia de los médicos de los hospitales públicos. Este derecho ha sido reconocido también en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al indicar que deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia, sin que ello, se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. De esa manera ratifica lo señalado en Fallos, 312:496 al reconocer la objeción de conciencia como derecho de jerarquía constitucional, y ha precisado que es nuestra propia Ley Fundamental "la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir" (consid. 16 "in fine)". Es por ello que resulta inatendible el planteo formulado respecto a que el médico, por el sólo hecho de trabajar en un hospital público, carece del derecho que se le reconoce a todos los ciudadanos de un estado democrático.

11) Que por los fundamentos precedentemente expuestos corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad deducida. Con costas por el orden causado por la naturaleza de la cuestión planteada.

Los Dres. **Guillermo Alberto Catalano y Gustavo Adolfo Ferraris**, dijeron:

Adherimos al voto que antecede y estimamos oportuno agregar lo siguiente.

1°) Que el Decreto del PEP n° 1170/12 no implica, bajo ningún concepto, la legalización -por vía reglamentaria- del aborto o de alguna práctica dirigida a interrumpir libremente, por voluntad de la madre y sin causas que condicionan su excepcional licitud, el embarazo.

En nuestro derecho positivo, el reconocimiento a la vida del "nasciturus" no admite discusión ni retractación legislativa -sea por derogación, abrogación o modificación-, pues la vida es un derecho protegido desde el momento de la concepción por el bloque de constitucionalidad vigente en la República Argentina (art. 75 inc. 22 de la C.N.), especialmente, en un todo de acuerdo con los arts. 70 y sgtes. del Código Civil, y por los arts. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño -comprendida la Declaración Interpretativa efectuada por nuestro Estado Nacional al momento de su ratificación-, 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 de la Constitución Provincial, conforme lo ha expresado el Dr. Guillermo Alberto Catalano, en coautoría con el Dr. Luciano I. Martini, en "Construcción de la Facultad de Ciencias Jurídicas al análisis del

Proyecto Ley: "interrupción voluntaria del embarazo. Modificaciones al Código Penal", de junio de 2007, publicado por Ed. EUCASA, Colección: Ciencias Jurídicas, Serie: Derechos, Salta, 2008, págs. 23/27.

2°) Que con bastante distinción, el decreto aquí cuestionado se limita a seguir la interpretación del máximo Tribunal de la Nación en relación a un supuesto legal que, incorporado desde 1922 al Código Penal, resuelve un conflicto normativo y, de reunirse los requisitos objetivos que lo condicionan en determinadas situaciones específicamente regladas, excluye la confrontación que por regla existe entre el aborto y el derecho positivo vigente (art. 86 inc. 2° del C.P.).

3°) Que conviene recordar que la fórmula legal en cuestión fue introducida por la Cámara de Senadores y parece haber sido tomada del anteproyecto suizo de Código Penal de 1916, cuya poca claridad -aunque con algunas diferencias específicas- también se advierte en nuestro precepto vigente. El texto, así, ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria que, incluso, fue objeto de los proyectos ulteriores de reforma y originó algunas modificaciones legislativas actualmente abrogadas.

Las opiniones de los autores se dividían entre quienes encontraban en el mencionado art. 86 inc. 2° del C.P. una sola causal que excluye la punibilidad del aborto, esto es el aborto eugenésico (v. gr. Oderigo, Mario A., "Código Penal Anotado", Ed. Depalma, Bs. As., 1962, págs. 121 y sgtes.; Núñez Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959, págs. 390 y sgtes.; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge Eduardo, "Derecho Penal Parte Especial", Tomo 1, Ed. Astrea, Bs. As., págs. 68 y sgtes.) y quienes aceptaban, a la par de esa especie, al llamado aborto sentimental -cuando el embarazo es producto de una violación, cualquiera sea el estado mental de la víctima- (p. ej. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, Bs. As., 2000, págs. 111 y sgtes.; Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Ed. Losada, Bs. As., 1952, pág. 631; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, págs. 250 y sgtes.).

El aborto sentimental, además, fue aceptado por los proyectos de modificación al Código Penal de 1937 (Coll - Gómez), 1941 (Peco), 1960 (Soler) y 1979 (Soler, Aguirre Obarrio y Cabral). A su vez, gozó de específica recepción positiva en las Leyes de reforma N° 17567 y 21338 que siguieron al proyecto de 1960 y, para practicar el aborto autorizado, amén del consentimiento de la víctima o en su caso de su representante legal, exigían que se haya iniciado acción penal, requisito que también alcanzaba a la denuncia, dado el carácter de esa acción -dependiente de instancia privada-. La solución resolvía correctamente un posible conflicto entre la necesidad de interrumpir oportunamente el embarazo y de limitar los daños irreparables que pudieran ocurrir merced a mendaces alegaciones de la supuesta víctima; sin embargo, la Ley 23077 derogó a su predecesora y retomó la conflictiva fórmula del Código de 1922.

4°) Que en ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el sentido y alcance del art. 86 inc. 2° del C.P. en el fallo "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", dictado el 13/03/12 (La Ley 2012-B) y, al menos jurisprudencialmente, superó los debates que el tema originaba, sin perjuicio de que ello debería ser ratificado legalmente. Tal interpretación judi-

cial, en lo que importa, declara que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación (abuso sexual con acceso carnal en la terminología jurídica actual), con independencia de la capacidad mental de la víctima.

La posición adoptada, indudablemente, es fruto del dinamismo que debe guiar a toda operación intelectual, reconoce una situación especial que debe ser amparada por la ley y deja atrás, con holgura, los poco felices fundamentos brindados por el legislador de 1922 -referidos a la preservación de la raza-, pues resultan absolutamente opuestos a la armonía con la que debe ser entendido nuestro ordenamiento positivo.

Por lo tanto, el verdadero valor jurídico del fallo importa aceptar que el art. 86 inc. 2° del C.P. otorga preponderancia a la situación de la víctima en el conflicto de bienes jurídicos que se produce ante la existencia de un embarazo que sea fruto de abuso sexual y, en virtud de esa determinada circunstancia, sin importar su condición mental, la autoriza a interrumpir la gestación. Constituye, entonces, una justificante específica que, como tal, excluye excepcionalmente la ilegalidad del acto; empero, no implica desconocer la afectación de otro bien preciado para el derecho, el cual sede ante la construcción positiva; ergo, debe ser aplicada del modo más adecuado posible, a efectos de evitar cualquier ejercicio abusivo que, al margen de la legalidad, importe menoscabar -con efectos irreparables- el derecho fundamental que atañe a la persona por nacer.

5°) Que el Decreto del PEP n° 1170/12 se limita a seguir la interpretación jurídica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y determina algunas pautas reglamentarias que, en el ámbito de la administración pública provincial, deben cumplir los protocolos hospitalarios en la concreta atención de los abortos no punibles y en la asistencia de las víctimas de violación.

De ese modo, según ha precisado esta Corte en numerosos precedentes siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 304:1186, entre muchos otros), constituye una norma dictada en uso de facultades que corresponden a la Provincia (Tomo 141:651) que surgen de la distribución de competencias que establece la Constitución Nacional (arts. 1°, 5° y 121) y sobre las cuales ninguna autoridad federal puede avanzar (Tomo 152:979).

6°) Que por otra parte, el decreto trata de conciliar el derecho de la víctima de un abuso sexual con los peligros -ya apuntados- que encierra una práctica abusiva y falaz de la autorización legalmente establecida, adoptando una solución alternativa que evita el contrasentido que implicaría, por un lado, subordinar la interrupción del embarazo a las resultas del procesal penal ordinario -más de las veces tornando abstracta la petición- y, por otro, impide legitimar una actuación precipitada -sin ninguna constatación de veracidad-.

Es así que supedita la práctica a determinados requisitos que son de fácil cumplimiento, cuyo trámite no depara un tiempo inconciliable con los fines perseguidos y, a la vez, permiten afirmar al menos en grado de posibilidad cierta, la veracidad del condicionante objetivo que viabiliza la práctica abortiva -existencia de un abuso sexual-, mediante extremos ya contemplados por la legislación provincial.

Específicamente, el consentimiento de la víctima o, cuando corresponda, de sus representantes legales, debe ser acompañado de

la pertinente formulación de instancia -mediante denuncia que no haya sido archivada o desestimada por el Fiscal y que, consecuentemente, siga su curso legal- pues siendo la causa del aborto permitido un delito penal, lo mínimo que puede exigirse es que ello sea objeto de investigación y de oportuna dilucidación por los órganos predispuestos del Estado. De otra manera, el presupuesto que da razón a la justificante nunca sería materia de corroboración y, en esa línea, conformaría un velo meramente formal que elevaría a regla una conducta que, salvo excepción, se encuentra prohibida.

Por los mismos motivos, a la par de los Defensores Oficiales, el decreto reconoce las facultades inherentes a la cuestión que poseen los Asesores de Incapaces y que se encuentran dispuestas en las leyes -tanto estáticas como dinámicas- que regulan su actuación; precisamente por eso les acuerdo intervención. En ese sentido, cabe destacar la injerencia de los funcionarios del Ministerio Público Pupilar puesto que, amén de las potestades que surgen de la ley civil de fondo y de la asistencia que deben prestar a la víctima, les corresponde ejercer la representación promiscua del "nasciturus" también en el ámbito extrajudicial (arts. 54, 55 y cc. de la Ley 7328), examinar la declaración jurada efectuada y, en su caso, promover las acciones que resulten pertinentes para el amparo de sus derechos.

7°) Que en virtud de lo expuesto, el decreto cuestionado constituye un medio racionalmente adecuado para regular las delicadas cuestiones sometidas a consideración y no presenta la oposición a la Constitución sostenida por las demandantes. Por consiguiente, la acción intentada en autos debe ser rechazada.

El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo:

1°) Que comparto la relación de causa contenida en el primer considerando del voto que abre el presente acuerdo, así como por sus fundamentos, adhiero a lo allí determinado en cuanto a la legitimación activa de las actoras (2° considerando). Sin perjuicio de ello, estimo que la demanda debe rechazarse por los siguientes motivos.

2°) Que esta Corte ha dicho reiteradamente que la acción de inconstitucionalidad tiene propósitos y fines específicos que no son comparables ni compatibles con las demás acciones contempladas en el plexo del ordenamiento jurídico local (cfr. Tomo 69:867; 75:779, entre otros). Ha sido instituida para cuestionar ordenamientos jurídicos que estatuyan sobre materias regidas por la constitución (art. 153 punto II inciso a) de la Constitución Provincial), que tienen en común el hecho de constituir mandatos generales, abstractos e impersonales, independientemente de la denominación que se les haya dado -ley, decreto, reglamento, ordenanza, etc.-, y es precisamente cuando tal mandato entra en colisión con las normas constitucionales donde cobra vida la mentada acción (cfr. Tomo 117:603, entre otros).

Cabe decir que el principio de división de poderes, tal como está diseñado en nuestra Constitución Provincial, exige que el Poder Judicial efectúe el control de constitucionalidad de normas locales sólo en el marco de una causa o proceso judicial incoado por una parte debidamente legitimada.

En este orden, tal función de control debe ejercerse en el estricto marco en el que se encuentra delineada en la Carta Magna local en cuanto a los elementos subjetivos, objetivos y de competencia previstos en dicho ordenamiento.

El confronte normativo que prevé la acción directa de constitucionalidad estatuida en los arts. 604/607 del Código Procesal Civil y Comercial debe llevarse a cabo entre normas de la Constitución Provincial y los preceptos cuestionados en cada caso, que deben revestir el carácter de locales, es decir emanados de autoridades provinciales o municipales, y ser abstractos, genéricos y estar destinados a regir un número indeterminado de situaciones.

En efecto, según lo estatuye el art. 153 punto II inc. a) de la Constitución Provincial, a esta Corte le compete conocer y decidir en forma originaria las acciones sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución.

Conforme esta norma la finalidad esencial de las acciones de inconstitucionalidad es asegurar la supremacía de la Constitución Provincial y, por lo tanto, el actor debe invocar la vulneración de preceptos de ésta, aún cuando ello no excluye que se invoquen también normas federales como argumentos coadyuvantes.

En este orden se ha dicho que: "La competencia de este Tribunal para declarar, por vía directa la inconstitucionalidad de leyes, se encuentra circunscripta, por imperio del art. 149 apartado II inc. a) de la Constitución Provincial, a las 'materias regidas por esta Constitución' (la provincial)" y, que: "Del citado precepto constitucional se sigue la incompetencia, en razón de la materia que inhibe a la Corte para entender en la declaración de inconstitucionalidad referida a normas federales, lo que así corresponde declarar, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4° 'in fine' del Cód. Proc. C. y C." (esta Corte, Tomo 46:145; 56:1255).

En este mismo sentido, conforme lo expresan Alí Joaquín Salgado y Alejandro C. Verdaguer ("Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág. 453), la Suprema Corte de Buenos Aires, con sustento en precepto similar al local referido, ha sostenido que no es viable el pronunciamiento sobre derechos amparados por la Constitución Nacional (ED., 55-657; 31-295; DJBA, 109-145); y, que la demanda originaria de inconstitucionalidad autorizada por el art. 149 inc. 1° de la Const. de Buenos Aires, sólo es admisible para impugnar las violaciones a la carta provincial y no el menoscabo de principios de la Constitución nacional, para lo cual los afectados tienen habilitadas otras vías, tanto en el procedimiento federal como en el local (Rep. ED., 9-403, Sum. 1; DJBA 107-181; 113-101). De lo mismo dejan constancia Alberto B. Bianchi ("Control de Constitucionalidad, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Avellaneda, Pcia de Buenos Aires, 2002, Tomo I, págs. 144 y sgtes.) y Maximiliano Toricelli ("El sistema de Control Constitucional Argentino", Lexis-Nexis, Depalma, Buenos Aires, pág. 309).

3°) Siendo ello así, corresponde el rechazo de la demanda toda vez que la resolución de la pretensión de autos requiere ineludiblemente el análisis de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en Fallos, 335:197, así como sus efectos en punto a la interpretación que la misma ha efectuado del art. 86 segundo párrafo inc. 2° del Código Penal, y también de las normas constitucionales y convencionales que la actora invoca en la demanda y que han sido objeto de específico tratamiento por parte del Alto Tribunal Federal, sin que al respecto resulte suficiente determinar el alcance que tienen las normas de la Constitución Provincial invocadas en la demanda (arts. 12, 13, 16, 17, 22, 23, 41 y 42), sin desarrollar argumentos al respecto.

_____ En cuanto a las costas, considero que deben imponerse por el orden causado por la naturaleza de la cuestión propuesta a decisión de este Tribunal.

_____ El Dr. **Abel Cornejo**, dijo: _____

_____ 1º) Que doy por reproducido el considerando 1º de los distinguidos Sres. Jueces que entendieron en el primer voto, y coincido parcialmente con la solución a la que arriban razón por la cual, fundaré mi voto conforme los argumentos que expondré a continuación.

_____ 2º) Que lo primero que debe desentrañarse es si la Sra. Defensora Oficial que dedujo la acción, en su calidad de tal, tenía legitimidad para hacerlo, respecto de lo cual, la propia Constitución de la Provincia brinda expresamente la solución en su artículo 166 inciso c) al legitimar al Ministerio Público -en forma genérica- a velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, ordenanza, actos, contratos o resolución de cualquier autoridad pública, provincial o municipal, de modo que por su propia función la representante del Ministerio de la Defensa sí estaba plenamente habilitada para deducirla.

_____ Por otra parte aceptar la legitimación de quien representa al Ministerio Público de la Defensa, y reconocerle su función en su condición de tal, en nada empecé a que sus planteos puedan ser aceptados o rechazados, según se observe que tengan o no fundamentación suficiente. La legitimación para obrar en la causa, es decir, la legitimación procesal, determina quién puede actuar como parte actora en un proceso determinado (legitimación activa) y frente a quién, como demandado (legitimación pasiva). La categoría -enseña Fenochietto- fue sistematizada por los glosadores bajo el nombre que ha perdurado hasta nuestros días: "legitimatio ad causam", precisando la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en relación con el derecho invocado en juicio, sea en razón de su titularidad, o bien de otras circunstancias idóneas para fundar la pretensión o defensa en su caso. El derecho romano, en su primera etapa, permitía resolver como cuestión previa a la sentencia la legitimación del actor ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado, anotado y concordado", Astrea, Bs. As., 1999, Tomo 2, pág. 367).

_____ En suma, la legitimación procesal denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino, además, afirmar su pertenencia a quien lo hace valer y contra quien se deduce, de tal modo que la causa tramite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente, de tutela jurisdiccional. Ahora bien, en la especie, si existe una disposición mediante la cual debe dársele aviso al fiscal de turno, con mucho mayor razón, conforme lo dispone el artículo 18 de la Constitución de la Provincia, que estable la inviolabilidad de la defensa, debe dársele también al defensor oficial o al asesor de incapaces, según el caso de que se trate, razón por la cual, sí tiene legitimación la accionante en esta causa. Igual consideración merece la otra accionante, pues la cuestión que se trata, hace a uno de los objetos del foro que representa. Máxime, porque si no la tendría, directamente deberían archivarse sin más las actuaciones, sin necesidad de ingresar en otro análisis.

_____ 3°) Que ahora bien, el análisis constitucional mediante el cual se avocó esta Corte, es la naturaleza del Decreto n° 1170/12 del Poder Ejecutivo Provincial, el cual, a entender de las accionantes, impone una serie de requisitos que se erigirían como desproporcionados para ejercer los "derechos" que confiere el artículo 86 del Código Penal.

_____ Ocurre, empero, que tal como lo enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar, el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. El sistema orientador de decisiones se construye en base a la interpretación de las leyes penales, que se distinguen de las no penales por la pena. El derecho penal, requiere -continúa el autor-, un concepto de pena que le permita delimitar su universo. Este concepto de pena debe tener amplitud para abarcar las penas lícitas tanto como las ilícitas, porque de otra forma el derecho penal no podría distinguir el poder punitivo lícito (constitucional) del que no lo es. Por ello, el derecho penal interpreta las leyes penales siempre en el marco de las otras leyes que las condicionan y limitan. El sistema orientador que le propone a los jueces, debe tener por objeto contener y reducir el poder punitivo. La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas, y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma ("Manual de Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 2012, pág. 25, séptima reimpresión).

_____ Quiere decir, entonces, que del sistema penal lo que se busca es proteger la lesión a bienes jurídicos determinados, pero no dirimir derechos. Conforme a ello, lo que establece el artículo 86 del Código Penal en sus dos incisos es una eximente de pena, al prescribir que no es punible el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; o, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

_____ Sin embargo, respecto de los supuestos que se contemplan en el inciso 2° del artículo 86, la doctrina se encuentra dividida. Para la opinión mayoritaria, solamente hay autorización para efectuar el aborto en los casos de mujeres idiotas o dementes. Otros, en cambio, consideran que también se prevé la impunidad del aborto en todo caso de violación. La hermenéutica sin duda, no es menor, habida cuenta que si bien se trata si debió haberse puesto o no una coma en la norma, parecería que el argumento a favor de la impunidad del aborto de la mujer idiota o demente es una falta de comprensión de la realidad; y que una mujer psiquiátricamente encuadrada dentro del concepto de normalidad, debería soportar sin más ser violada y ultrajada, sin poder decidir sobre la suerte de ese delito aberrante, lo cual no sólo atenta contra su libertad y su poder de decisión, sino contra su integridad moral y personal.

_____ Es decir, que para la opinión que aquí se sustenta la integridad sexual de una mujer no depende de una coma, sino que quien

fue violada se encuentra plenamente amparada por la norma del artículo 86 inciso 2° del Código Penal. Tal aserción tiene sustento en el artículo 2° incisos f) y g) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Se llega así a la conclusión -dicen Fontán Balestra y Ledesma- de que el inciso 2° del artículo 86, prevé el aborto sentimental, referido a cualquier modalidad de la violación, y, además, el aborto eugenésico exclusivamente para el caso de la mujer idiota o demente. El motivo de la inclusión del término "Atentado al pudor" -acota- en principio inexplicable, parece ser el que Soler pone de manifiesto: en el derecho alemán, cuya terminología siguió en esta parte el proyecto suizo, se denominaba técnicamente con vocablos distintos la violación cometida con violencia, a las que designaba como "Notzucht", y la que se cumple con la mujer idiota o alienada, a la que se califica de "Schändung". En la versión alemana del proyecto suizo, los artículos 164: "Notzucht"; y 166: "Schändung"; (en el Código Penal alemán actual, la distinción se encuentra en los artículos 177 y 179, respectivamente). A ambas se hacía referencia en el proyecto, en cuya versión francesa aparece la palabra "Schändung" traducida como: "attentat à la pudeur d'une femme idiote, aliénée, inconsciente ou incapable de résistance". Al traducirse al castellano, las palabras "atentado al pudor" resultaron extrañas a la nomenclatura de nuestra ley, e incomprensibles si se utiliza una terminología puramente doctrinal. La misma inclusión de los casos de mujer inconsciente e incapaz de resistir, en el proyecto suizo, denota que se preveían allí las otras hipótesis del derogado artículo 119 inciso 2° (ahora 119 párrafo 1°, "in fine", en función de la conducta típica descripta en el párrafo tercero y agravada en el cuarto) y, por tanto, también el aborto sentimental ("Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", La Ley, Bs. As., 2013, Tomo I, pág. 238, edición actualizada y ampliada).

Sobre el particular, debe señalarse que, por imperio de la Ley 23077 volvió a tener vigencia en su actual redacción el artículo 86 inciso 2° del Código Penal, según el vetusto texto de la Ley 11729 de 1922. Esta fórmula, antaño, dio pábulo a innumerables discusiones. Interín, durante la vigencia de la Ley 17567 existía el denominado "aborto sentimental", mediante el cual bastaba que una mujer hubiese sido violada, fuese por idiota o demente o bien normal, para que el aborto pudiera practicarse justificadamente. La fórmula actual, reduce, en cambio, a que sólo puede contemplarse el caso de la mujer idiota o demente, es el denominado "aborto eugenésico".

Si bien se acepta esta interpretación, en el período anterior de vigencia se discutió largamente si la estipulación era siempre para la mujer idiota o demente, o sea, una violación o un atentado al pudor de la enferma, o si hablaba de cualquier violación, aún de una mujer normal. En su oportunidad ambas tesis esgrimieron argumentos (la cuestión de la falta de coma en el texto, etc.) que no satisfacían del todo, pues dejaban resquicios por donde se filtraban los argumentos de la oposición (Breglia Arias - Gauna, "Código Penal y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado", Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, pág. 892, 6ta. Edición actualizada y ampliada).

Así, para quienes no se referían exclusivamente a la mujer idiota o demente, el término violación, es decir, para quienes entendían que la violación eran todas las hipótesis de este delito (arts. 119 y 122), incluso todas las que no se refieren a una mu-

jer idiota o demente, para lo cual estaba la segunda parte de la frase, la inexistencia de coma que separase ambos contextos tenía poca importancia. Se trataba -decía un sector de la doctrina-, del aborto sentimental (violación de una mujer normal) y el eugenésico (violación cometida en una mujer idiota o demente). El atentado al pudor tenía, por otra parte carencia de entidad fisiológica para dar lugar al embarazo y sólo se lo podía interpretar, en un sentido más amplio que el literal, como acceso carnal (Soler, Jiménez de Asúa). Esta tesis prevaleció sobre la que consideraba que se trataba de una violación, a una mujer idiota o demente. En la primera posición se enrolaron Ramos, Jiménez de Asúa, Molinario, Soler y Fontán Balestra. En la segunda, Núñez y López Lastra. Creus, en cambio, sostiene que la fórmula correcta que surge del texto, es la que se refiere exclusivamente a la mujer idiota o demente (Breglia Arias - Gauna, *ibidem*, pág. 893).

Por su parte, quienes consideran incluido el supuesto de violación a una mujer sana, invocan razones vinculadas a la libertad de concepción y argumentan que la Comisión de Códigos del Senado hizo referencia expresa a la autorización para abortar otorgada a las mujeres que fueron violadas durante la Segunda Guerra Mundial. En cuanto al argumento de la coma entienden que es de poco o insignificante valor, máxime cuando interpretando el inciso sin ella carece de sentido, ya que, o se habla de un hecho que no puede dar lugar al embarazo, lo cual es poco probable, o debe interpretarse que por "atentado al pudor" ha de entenderse acceso carnal. Al respecto explica Molinario, partidario de esta postura, que la defectuosa redacción del Código proviene de la redacción del texto suizo, en el que se llama violación al acceso carnal con violencia y atentado al pudor al acceso carnal con una mujer idiota o demente. Sobre la exigencia del consentimiento del representante legal, destacan que también es necesario cuando el sujeto pasivo es menor de edad, y que -al requerirlo- la ley dice "en este caso", lo que reafirmaría que si la disposición se refiriese a la violación y al atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente, debería decir, "en estos casos" (Andrés José D'Alessio, director; Mauro Divito, coordinador; "Código Penal de la Nación: comentado y anotado", La Ley, Bs. As., 2009, Tomo II, pág. 69, 2da. edición actualizada y ampliada).

A dichos requisitos, se le deben sumar los comunes a ambos supuestos (incisos 1º y 2º) de modo que el aborto debe ser practicado -exclusivamente- por un médico diplomado y con el correspondiente consentimiento; empero la ley admite que dicho consentimiento sea prestado, supletoriamente, por el representante legal de la mujer que está psíquicamente incapacitada. Sin embargo, para otro sector de la doctrina, el consentimiento habrá de darlo, según los casos, la mujer -si fue víctima de una violación y no está psíquicamente incapacitada- o su representante legal, si la mujer es idiota o demente.

Como bien lo enseña Donna, el Código Penal no da una definición del aborto, pero no por ello se puede decir que no sea posible definirlo de manera específicamente jurídica. Se lo puede conceptuar de dos modos diferentes: jurídicamente, o, médicamente. El concepto legal del aborto -acota- como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto. Médicamente, desde

el punto de vista meramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. El bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud. La ley toma en cuenta como elemento distinto para agravar la pena, la muerte de su madre, pero no el daño en la salud que el proceso abortivo implica en sí mismo (Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, Tomo I, págs. 165 y sgtes., segunda edición actualizada).

Según la opinión mayoritaria -continúa-, el aborto protege un bien jurídico autónomo, diferente de los intereses de la mujer embarazada, y vinculado de algún modo a la vida humana. Las opiniones comienzan a bifurcarse cuando se trata de determinar el contenido específico de dicho bien. Mientras algunos afirman que el objeto de protección penal es la vida humana anterior al nacimiento, otro sector sostiene, por el contrario, que el bien jurídico protegido es el valor sociocultural "esperanza de vida". Y otro sector de la doctrina no limita el objeto de tutela del delito de aborto a un único bien jurídico, sino que lo extiende a un conjunto de intereses entre los que se destacan -además de la vida humana y de la esperanza de vida- el interés demográfico del Estado, y la vida e integridad física de la mujer y su derecho de autodeterminación (cfr. Donna, *ibidem*, pág. 163).

En las diferentes legislaciones del derecho comparado, el bien jurídico en el delito de aborto ha ido cambiando, a veces en base a teorías totalitarias, como por ejemplo en la italiana, en la cual en el Código de 1932 se incluyó al aborto entre los delitos contra "la integridad y la sanidad de la estirpe", que, como es obvio, tenía estrecha relación con la ideología política del régimen vigente en esa época. En igual sentido, en la Alemania del nacionalsocialismo se intentó en el proyecto de reforma del Código Penal colocar al aborto entre los atentados contra la raza y la herencia. Esta idea nefasta, por supuesto, llevó a la ordenanza del 9 de marzo de 1943, por la cual quedaban exceptuadas de la prohibición del aborto las personas de origen no alemán. No hay duda, de que en la ley argentina, siguiendo en esto al Código Español de 1948, el aborto está entre los delitos contra las personas.

Para Núñez, verbigracia, el bien jurídico protegido es la vida del feto, idea ésta que también fue seguida por Soler, y se plasmó en el proyecto del Código Penal de 1960. Con ello se sigue una vieja tradición en el tema, como se puede ver tanto en Pacheco como en Carrara, para quienes se atenuaba el castigo, ya que lo que se destruía era un germen, una esperanza de vida y no una vida definitivamente adquirida. En igual sentido opinaba Antolisei, cuando afirmaba que: el interés que realmente se ofendió por este hecho criminal es la vida humana, ya que el producto de la concepción -el feto- no es "spes vitae" y mucho menos una "pars ventri", sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene un metabolismo orgánico y, al menos en el período avanzado de gravidez, se mueve y tiene ritmo cardíaco. Hurtado Pozo hace notar que el bien jurídico es el nuevo ser durante el embarazo. Y esto tiene consecuencias en cuanto a la fecundación "in vitro", ya que el fruto obtenido mediante este proceso es idéntico al embrión que surge de la fecundación llamada natural. Sin embargo, la protec-

ción que da el Código Penal no alcanza la fecundación "in vitro", sino sólo el feto que se encuentra dentro del seno de la madre (Donna, ibidem, pág. 163).

Ahora bien, la protección del feto surge, no sólo por imperio del Código Penal, sino que, después de la Reforma Constitucional de 1994, se basa en ella y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inciso 22 de la C.N., tal como son el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto dispone que: toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; y el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe, que: el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. La fórmula se replica en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuanto afirma que: todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, principio que se reitera en forma idéntica en el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dentro de esa línea de pensamiento se inscribe el artículo 10 de la Constitución de la Provincia, que consagra el respeto y protección de la vida desde su concepción -y añade-, que la dignidad y la integridad física y moral de las personas son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.

Bidart Campos, enseñaba que: la Constitución Argentina no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida, pero nadie duda que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del art. 33. Cuando el Código Civil se refiere al comienzo de las personas físicas, proporciona infra constitucionalmente en forma explícita la pauta de que el derecho constitucional a la vida está protegido desde la concepción. En nuestro derecho, por eso, y aunque ninguna norma infra constitucional hiciera arrancar el derecho a la vida desde la concepción, entendemos que el aborto lo viola, y que abortar -con o sin ley que lo autorice- es inconstitucional. Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos, sentimentales, podría purgarse. No llegamos a decir -continúa Bidart Campos- que la Constitución obligue a penalizar el aborto mediante ley, pero sí decimos que cuando lo penaliza -como nuestro Código Penal- las desincriminaciones que a continuación hacen excepción a la punición aparentan revestir implícitamente el alcance de una especie de autorización legal que, en cuanto, tal es inconstitucional.

La fórmula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -continúa el autor citado- al señalar que el derecho a la vida estará protegido por la ley, y, en general a partir del momento de la concepción, refuerza el argumento de que en el derecho argentino todo tipo de aborto es inconstitucional -más allá de que lo incrimine o no en la legislación penal- lo que pone de relieve la fortísima categoría del derecho constitucional (implícito) a la vida. Toda ley que autorizara el aborto, aún restringido, o rodeado de requisitos, es inconstitucional como el acto mismo del aborto. No vale para nada el argumento del derecho materno a la intimidad o privacidad, porque abortar no es una acción privada auto referente, desde que se proyecta a un tercero, que es el hijo con-

cebido, el que, para más, no tiene posibilidad de defensa propia. Ninguna acción que compromete derechos o bienes de terceros puede suponerse resguardada en el derecho a la intimidad o a la moralidad auto referente (o personal) del autor ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional", Ediar, Bs. As., 2006, Tomo III, pág. 197, tercera reimpresión).

Empero, la conclusión de Bidart Campos es que al estar protegida la vida desde la concepción, todo tipo de aborto es inconstitucional. Sin embargo, admite que puedan existir causales muy restringidas sobre el aborto especial. Pese a ello, tal como lo señala Donna (ibidem, pág. 165) esta posición confunde, en parte, problemas de antijuridicidad con problemas de atribuibilidad, pues una cosa es que la ley justifique el aborto y otra muy diferente es que haya -como ocurre en el artículo 86 inciso 2º- una causal de exculpación que puede existir en la propia ley. De todas formas, no puede soslayarse que en el derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto, resulta diáfano, ya que expresa que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (artículo 70), y por consiguiente son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno (artículo 63).

Sobre el particular, enseña Borda que: conforme el artículo 70 del Código Civil la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno, es decir a partir de ese momento se es persona. Claro está que esta idea acerca de la concepción era lógica a la época de la sanción del Código por parte de Vélez Sarsfield, un siglo y medio atrás, pero en nuestros días los avances científicos, nos muestran nuevos métodos para hacer posible la concepción, sin embargo el hecho de que ésta no se haya producido en el seno materno no constituye obstáculo para aplicar por analogía el referido artículo 70 del Código Civil. Esta interpretación es lógica teniendo en cuenta que leyes muy recientes no hicieron distinción alguna entre los concebidos dentro, como fuera del seno materno. No obstante que según el artículo 70 del Código Civil, la existencia de las personas comienza desde la concepción, esa existencia está subordinada al hecho de que nazcan con vida, pues si muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, serán consideradas como si no hubieran existido (art. 74) ("Tratado de Derecho civil. Parte General", La Ley, Bs. As., 2008, Tomo I, pág. 246, 13ª edición).

Con arreglo a lo anterior, debe señalarse que, en la doctrina nacional, en general, se coincide en que la razón del castigo especial y atenuado del aborto radica en que nunca puede equipararse en gravedad con el homicidio, pues la vida que en él se extingue no puede considerarse definitivamente adquirida, es más una esperanza que una certeza. No existe impedimento para que desde un punto de vista de política criminal se establezca una pena diferenciada para el homicidio y el aborto, según el momento en que se produzca el atentado contra el bien jurídico vida, dice Donna (ibidem, pág. 166). Se ha discutido también en doctrina, desde cuándo existe la vida humana protegida jurídicamente. Se ha dicho que el objeto de la acción en el aborto es ya el óvulo fecundado, antes inclusive de su nidación (teoría de la fecundación), por una parte, y, por otra, que sólo existirá dicho objeto una vez producida la fijación del óvulo fecundado en las paredes del útero (teoría de la nidación). Según sea la postura que se siga, serán

también diferentes las consecuencias legales.

De lo que no hay duda alguna, es que para nuestro ordenamiento legal, la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, lo único que cambia son las consecuencias jurídicas conforme las cuales no se aplica una pena tan severa en el aborto como para el homicidio, pero ambos, indiscutiblemente, son delitos. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento. Por lo demás, la cuestión ha sido claramente decidida a favor de la vida por los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional, de los cuales la República Argentina es signataria, los cuales le otorgan especialmente protección a la vida humana desde la concepción.

Tal como se ha señalado párrafos arriba, la ley argentina no da un concepto específico sobre el aborto, afirmando directamente que se castiga a quien lo causare. Se refiere, entonces, a la muerte provocada al feto, con o sin expulsión del seno materno, de lo cual se infiere que el aborto, no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de la vida infra uterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior por falta de condiciones de viabilidad.

Ahora bien, para que pueda darse el delito de aborto es menester que se den, en principio, dos presupuestos básicos (Donna, *ibidem*, pág. 167, que sigue la opinión de Bustos, Núñez y Welzel) que son: la existencia del embarazo en una mujer y que el feto esté con vida, ya que el delito en sí consiste en la causación de la muerte del feto por diferentes medios. Debe, sin lugar a dudas, existir un feto, y además que se encuentre vivo, motivo por el cual no es objeto de protección jurídica el feto ya muerto y la llamada mola. La discusión, como ya se pudo analizar al tratar el tema desde cuándo se protege la vida humana, consiste en analizar desde cuándo se considera que existe un feto. Tampoco la doctrina se ha puesto de acuerdo en este tema. Para un sector habrá feto desde el momento en que el huevo femenino es fecundado por el semen.

Para otro sector doctrinario, sólo habrá feto desde el momento en que el huevo fecundado se anidó en el útero. Maurach, Schoroeder y Maiwald (citado por Donna, *ibidem*, pág. 167) hacen notar que el feto recién toma su individualidad a partir de la anidación, y que, aún naturalmente, hay un alto porcentaje de pérdidas de los huevos fecundados, lo que torna difícil, desde el punto de vista de la política criminal, castigar el aborto antes de la anidación. Ello es así, porque a través de la tipificación legal de los delitos contra la vida, el Derecho Penal protege fundamentalmente la existencia físico-biológica del ser humano. Lo que debe determinarse -entonces- es a partir de qué momento comienza la protección el bien jurídico. De admitirse la protección penal del "nasciturus" a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no pueden castigarse, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer sólo puede sospechar su estado de gravidez, pero desconoce si ese estado realmente se ha producido (en igual sentido, Jorge Oscar Perrino, "El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el aborto y el derecho a la vida de la persona por nacer", en DF y P, 2012, mayo, 202).

_____ Ahora bien, tal como lo señala acertadamente Julio Chiappini (“Una interpretación amplia de la CSJN respecto al aborto no punible”, en La Ley del 21 de marzo de 2012; La Ley 2012-B, 250) cuando la Corte Suprema de justicia de la Nación se pronunció en el caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012 pudo resolver que todo aborto es inconstitucional atento a los Tratados Internacionales que la Argentina es signataria, de ser así -señala el autor- los dos incisos del artículo 86 serían inválidos. El Máximo Tribunal no resolvió de ese modo y consideró que eran normas constitucionales, de allí formuló su hermenéutica. En ese precedente se determinó que el inciso 2° comprende la violación de cualquier mujer y no solamente la de una idiota o demente. En el mismo fallo puso de manifiesto que no hace falta autorización judicial para la realización del aborto y tampoco ningún tipo de prueba de la violación, bastando la declaración jurada de la víctima. El caso al que se avocó la Corte se trató de la violación a una niña de quince años que había sido violada por su padrastro. Con ulterioridad, en un caso en que se había dispuesto la realización de un aborto en la ciudad de Buenos Aires, a una mujer víctima de una violación y que una jueza nacional en lo civil había suspendido mediante una medida cautelar, la Corte Suprema revocó la decisión el 11 de octubre de 2012 y le hizo saber al gobierno porteño con carácter de urgente que debería proceder a la práctica con prescindencia de la resolución judicial que suspendió la realización (Fontán Balestra, Carlos, Ledesma, Guillermo A. C., “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, pág. 239).

_____ Este fallo, es que el determinó al Poder Ejecutivo Provincial a dictar el Decreto n° 1170/12, mediante el cual se aprobó una “Guía de procedimiento para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y la concreta atención de los abortos no punibles conforme lo establecido en el artículo 86 inciso 2° del Código Penal” (Resoluciones Ministeriales Conjuntas nros. 215/12 y 797/12), dicha guía prevé la intervención del Ministerio Público Fiscal en estos asuntos, como recaudo a los fines de llevar a cabo el procedimiento de los abortos no punibles.

_____ Esa guía orientativa no sólo es acertada, sino responsable, debido a que, la propia Corte Suprema en el precedente reseñado párrafos arriba afirmó expresamente que: “...si bien el Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’ de violación, a los fines de practicarse un aborto sin sanción -dado que sólo requiere la declaración jurada de la supuesta víctima frente al profesional para su realización-, la Corte considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos -que sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal-, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud. Se exhorta a las autoridades nacionales, provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual...”.

_____ Con arreglo a lo anterior, la “Guía” en cuestión no sólo pretende impedir “los casos fabricados” a los que alude la Corte, sino también dar plenas garantías del control de legalidad para

que ello no ocurra, de manera que la intervención del Ministerio Público Fiscal en nada empece a que pueda llevarse a cabo el aborto impune, sino precisamente a evitar que no se produzca la hipótesis de que la interrupción del embarazo no obedezca a otras de las causales previstas en el inciso 2° del artículo 86. Así las cosas debe rechazarse de plano la acción intentada por improcedente.

_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

LA CORTE DE JUSTICIA, _____

RESUELVE: _____

_____ I. **RECHAZAR** la acción de inconstitucionalidad deducida a fs. 30/48 vta. Con costas por el orden causado. _____

_____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, Guillermo A. Catalano, Guillermo Félix Díaz, Abel Cornejo, Gustavo A. Ferraris y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-).