

Córdoba tiene aborto no punible

Después de un proceso judicial de más de 6 años, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba rechazó la acción de amparo interpuesta por la asociación Portal de Belén que objetaba la guía que regula los abortos no punibles, confirmando así su constitucionalidad y disponiendo su plena vigencia.



Los antecedentes

El 30 de marzo de 2012, y siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema en el fallo FAL, el gobierno de la provincia de Córdoba, a través del Ministerio de Salud, aprobó la resolución 93/12 y la *Guía de atención de abortos no punibles* con la finalidad de garantizar un acceso rápido y seguro a la práctica de abortos no punibles en los servicios de salud pública provincial.

El 12 de abril de ese año, la Asociación Civil Portal de Belén interpuso una acción de amparo colectivo contra el gobierno de la Provincia de Córdoba. Solicitó que se declare inaplicable por inconstitucional la resolución ministerial y que se declare inconstitucional la figura legal del aborto no punible contenida en el art. 86 del Código Penal. Como medida provisoria, solicitó además que se ordene la suspensión de la aplicación de la guía. La Asociación Civil por el Derecho a Decidir (Católicas por el Derecho a Decidir) se presentó en la causa como tercero coadyuvante en defensa de los derechos humanos de las mujeres.

La medida cautelar

El 13 de abril de 2012 el juez de primera instancia, Federico Ossola, hizo lugar parcialmente a la medida provisoria solicitada por Portal de Belén ordenando la suspensión de la aplicación de la guía, pero sólo para el supuesto previsto para casos de violación. El 3 de octubre del mismo año, la Cámara Tercera de Apelaciones confirmó la medida cautelar.

Sin embargo, por encontrarse suspendida la aplicación de la Guía, aún en ese sólo supuesto, las mujeres y personas gestantes en Córdoba **no pudieron acceder a ningún tipo de aborto no punible en los hospitales provinciales**, ya que la judicialización del protocolo generó desinformación en profesionales de la salud y en la opinión pública.

El fondo: la constitucionalidad de la resolución y de la guía

Por otro lado, en el planteo por la inconstitucionalidad de la resolución ministerial (expediente principal), en la sentencia del 24 de agosto de 2012 el juez Ossola se pronunció a favor de la constitucionalidad de la resolución y de los procedimientos dispuestos por la guía, pero cuestionó la presentación de una declaración jurada de la víctima de violación para acceder a la práctica abortiva sin otro recaudo. Sostuvo que, al tratarse de una excepción, la declaración jurada era insuficiente para garantizar que no se cometan abortos punibles. En mayo del 2013, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la resolución y la guía eran inconstitucionales por contradecir el derecho público local.

En mayo del 2014 llegó el expediente al Tribunal Superior, quien desde entonces debía resolver sobre la constitucionalidad, convencionalidad y la aplicación de la resolución ministerial y la Guía de atención de abortos no punibles. En el 2016, en la segunda oportunidad que el Tribunal dispuso para ello, [FUNDEPS se presentó como amicus curiae](#) junto a otras organizaciones apoyando la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres de Córdoba y aportando argumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

A lo largo de estos 6 años, la causa ha estado colmada de recursos y dilaciones. Por tratarse de una cuestión constitucional, el tribunal debía resolver con el pleno de sus miembros, para lo cual debieron designar reemplazantes para tres de sus integrantes: Carlos García Allocco, en principio ausente por razones de salud y recientemente fallecido; María Marta Cáceres de Bolatti, impedida de participar por haber intervenido como fiscal General Adjunta, y Sebastián López Peña, quien actuó como abogado de la Provincia. Portal de Belén presentó recursos cuestionando el mecanismo de designación y recusó a varios de los jueces de Cámara que fueron llamados para integrar el tribunal. Recién el 9 de noviembre de este año, a través de un [auto resolutorio](#), se decidió la integración definitiva, y la resolución incluyó un llamado de atención a Portal de Belén por su actitud dilatoria.

La espera

En un año marcado por el debate parlamentario de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que inundó las calles de todo el país con activistas de la “marea verde”, la movilización social no se hizo esperar. El martes 18 de diciembre, la delegación cordobesa de la [Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Seguro, Legal y Gratuito](#) convocó a un nuevo pañuelazo en la puerta de los tribunales para esperar el resultado de la sentencia. Las organizaciones sociales y políticas se manifestaron en un nuevo martes verde con la esperanza de obtener el reconocimiento de un derecho largamente postergado. Y así fue: *“Hoy es un día histórico: la Justicia falló a favor de nuestros derechos”*, celebraron.



La sentencia

El Tribunal Superior de Justicia consideró que **no había un caso judicial** que le permitiera examinar la constitucionalidad de la Resolución n.º 93/12, ya que Portal de Belén solo había planteado una “mera discrepancia subjetiva” con lo dispuesto por el Código Penal en el art. 86, que otorga un permiso excepcional de abortar sin consecuencias punitivas para la mujer.

Consideró que Portal de Belén pretendía que el Estado hiciera caso omiso de dicho artículo, basándose en **“el único soporte de su opinión personal”**, con la aspiración de que *“la Provincia desconozca la habilitación o permiso reconocido por la ley de fondo a toda mujer víctima de una violación (según la interpretación efectuada por la CSJN), lo que implicaría establecer una prohibición -contra legem- allí donde la ley penal no la instituye.”*

El voto mayoritario, dictado por Aída Tarditti, Domingo Sesin, Mercedes Blanc de Arabel y Silvana María Chiapero, hizo lugar al recurso de casación promovido por la Provincia y **revocó la sentencia de la Cámara** que había declarado íntegramente inconstitucional la resolución ministerial. Consecuentemente, **rechazó la acción de amparo** promovida por Portal de Belén, que pretendía lo que en su momento había resuelto la Cámara, decisión que ahora ha quedado anulada, por lo que la resolución conserva su plena validez.

En este sentido, planteó que la sentencia de la Cámara *"adolece de un vicio insalvable que la torna en un acto jurisdiccional nulo por falta de fundamentación lógica suficiente y adecuada [...], esto, en la medida en que procedió a declarar inconstitucional la guía o protocolo dictado por la Provincia, pero sin hacer lo mismo respecto del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, previsión normativa sin la cual dicho protocolo no se puede concebir. Ambas cuestiones están indisolublemente ligadas y una no puede quedar en pie sin ser arrastrada por la otra."*

Es así que la demanda impulsada por Portal de Belén no permitía analizar la resolución ministerial sin hacerlo antes con el propio Código Penal, lo que hubiera significado *"reeditar lo que ya ha sido resuelto en la causa 'F., A. L.' por la intérprete final de nuestro sistema de control de constitucionalidad: la Corte Suprema"*.

Por lo tanto, el Tribunal dijo que *"el verdadero telón de fondo es la discrepancia de la asociación Portal de Belén con la solución legislativa vigente, lo que no es motivo suficiente para configurar un caso judicial y menos aún uno de ribetes colectivos; con mayor razón cuando los alcances del artículo 86, inciso 2, del Código Penal han sido precisamente delimitados por el órgano que es el intérprete final de nuestro sistema constitucional: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que releva a este Tribunal de la posibilidad de reeditar dicho control -incluso de oficio- si no media un caso judicial en sentido estricto"*.

De la misma manera, el voto mayoritario **rechazó la legitimación** de Portal de Belén en tanto que la pretensión del amparo esconde, detrás de sus argumentos, la desprotección de las mujeres que han sufrido violaciones, y en consecuencia, se encuentran en situación de embarazo, más aún en el caso de niñas.

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

En síntesis, concluyó que no hay un caso judicial colectivo en los términos propuestos por Portal de Belén por los siguientes motivos:

- 1) El Poder Legislativo nacional es el único con competencia para sancionar normas de fondo con alcance general y ya ha resuelto el dilema constitucional entre bienes jurídicos fundamentales en juego que supone toda violación que conlleva el embarazo de la víctima a través del art. 86, inciso 2, del Código Penal. Lo mismo puede decirse cuando se habilita la interrupción de la gestación si mediara peligro para la vida o la salud de la mujer (art. 86, inciso 1, del Código Penal).

2) No es posible abordar el análisis de la guía sin antes hacer lo mismo respecto al Código Penal que sirve de sostén a la guía, lo que excede largamente los márgenes procesales de un amparo. Pero, además, porque esto significaría reeditar lo que ya ha sido resuelto en la causa "F., A. L." por la Corte Suprema.

3) No es posible colectivizar, en bloque, situaciones intransferibles en su configuración y significación sin afectar derechos personalísimos de las víctimas de dicho acto antijurídico.

4) No está en juego un bien colectivo indivisible, ni se puede hipotetizar sobre cómo podría reaccionar y decidir cada mujer ante la posibilidad que le brinda el artículo 86, inciso 2. Por eso no hay legitimación colectiva con repercusiones sobre un derecho de ejercicio personalísimo respecto del cual la guía pretende fijar un procedimiento para garantizar dicho ejercicio.



Los votos en disidencia

Sin embargo, de la resolución surge el voto en disidencia del juez Luis Enrique Rubio y la jueza Claudia Zalazar, quienes entendieron que sí había un caso judicial y que Portal de Belén estaba legitimada para representar al colectivo de las personas por nacer que resultaría damnificado por la interrupción del embarazo. Además, consideraron que le corresponde a la Legislatura (y no a un mero acto administrativo de un ministerio del Poder Ejecutivo) *"sancionar las leyes que fueran necesarias para implementar prácticas como las que posibilita excepcionalmente el Código Penal."*

Es importante destacar que, si bien entendieron que la Resolución que crea el Protocolo debía ser anulada, sostuvieron que la interpretación efectuada por la Corte Suprema en **el fallo F.A.L. sigue siendo el marco insoslayable de análisis** de estos casos.

En el tercer voto, Julio Sánchez Torres adhirió a la postura de Rubio y Zalazar, en cuanto a la legitimación y a la calidad de la medida necesaria para establecer un protocolo en estos casos, por considerar que la guía debería haber sido establecida por ley y no por un acto administrativo.

No obstante, consideró que la resolución de la Cámara es nula por falta de fundamentación lógica, y por propiciar una interpretación que pone en colisión insalvable disposiciones de la Constitución Provincial con la Constitución Nacional, con Tratados Internacionales de Derechos Humanos y con la legislación penal de fondo

Subrayó que no es cierto que el artículo 4 de la Constitución de Córdoba conceda al por nacer una suerte de derecho absoluto, porque tal disposición también considera inviolables "la dignidad y la integridad física y moral de todo ser humano", que es precisamente lo que se afecta "cuando una mujer es sometida a violencia sexual".

Así, indica que la sentencia de Cámara es equivocada porque *"termina negando lo que, según la CSJN, por el contrario, constituye un derecho o un permiso que el legislador concede excepcionalmente a la mujer que resulta embarazada como consecuencia de una violación, o cuando pelagra su vida o salud."*

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



Los puntos a resaltar

Los tribunales deben resolver en concordancia con el marco legislativo de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad y convencionalidad entendidos de manera integral

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

(Voto mayoritario)

"...no se niega que la Constitución de la Provincia garantice la vida desde la concepción, en la medida en que las provisiones constitucionales nunca pueden ser meros artificios, sino cláusulas que siempre dicen algo (o mucho); en ello radica, precisamente, la fuerza

normativa de la Constitución. Ahora bien, sin desconocer ese plus o énfasis puesto de manifiesto en tres artículos (el 4, el 19, inc. 1, y el 59), esto no autoriza a extrapolar consecuencias que conduzcan a un desbalance; es decir, a poner a ese derecho en entredicho, por encima o al margen de los otros, haciendo caso omiso del principio axial de nuestro ordenamiento jurídico, que parte de que no hay derechos absolutos. Con más razón cuando se trata de derechos humanos fundamentales; esto es, derechos referidos a bienes jurídicos de la máxima relevancia, protegidos por normas de la máxima jerarquía (constitucional y convencional) y expresados con la máxima indeterminación o generalidad."

(Sánchez Torres)

El Estado, que comprende a la Provincia de Córdoba, debe hacer efectiva su función de garante de los derechos humanos y cumplir con sus compromisos internacionales asumidos con la firma y ratificación de los tratados que los tutelan. De no hacerlo podría incurrir en responsabilidad internacional.

"...la actora invoca la autoridad de la Corte Suprema cuando lo resuelto coincide con su propio esquema de valores y preferencias (como en el caso "Portal de Belén", de 2002), pero, cuando no –como en la causa "F., A. L.", niega que la resolución sea una sentencia judicial en propiedad o que la CSJN tenga atribuciones para efectuar exhortaciones (f. 108), pese a la asiduidad con la que el Alto Tribunal (y este mismo TSJ) suele recurrir a esta técnica con el afán de modular mejor los alcances de las respuestas jurisdiccionales, sobre todo cuando está en juego la extensión interpretativa de cláusulas constitucionales y con el fin de sanear omisiones legislativas o de otro tipo que pudieran acarrear responsabilidad internacional para el Estado argentino."

(Voto mayoritario)

Las disposiciones propiciadas por la parte actora y por la Cámara "vulnerarían el postulado sobre el que se asienta el orden público internacional, según el cual no pueden invocarse disposiciones de derecho interno "como justificación del incumplimiento de un tratado", principio axial de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados art. 27). En el mismo sentido se levanta la cláusula federal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 28), en la medida en que, en el caso de los estados organizado federalmente (como la Argentina), las obligaciones internacionales asumidas comprenden a quienes conforman ese Estado federal (las provincias, en nuestro esquema), amén de que, eventualmente, la responsabilidad por los incumplimientos recayera en el Estado nacional."

(Sánchez Torres)

La mujer que cursa un embarazo producto de una violación tiene derecho a interrumpirlo en condiciones de seguridad y a decidir libremente sobre su interrupción

El acceso a la interrupción legal del embarazo en los casos de violación "se trata de un "derecho" reconocido a la mujer por su particular y trágica condición de víctima de un acto

de violencia sexual que, al haber anulado su consentimiento, ha supuesto un ataque a su libertad de autodeterminación sexual y a su dignidad sexual”.

“...la mujer, víctima del ataque contra su dignidad y libertad de autodeterminación, estaría legitimada -por ejemplo- para cuestionar aspectos de la regulación normativa sobre la materia si considerara que constituyen una carga desproporcionada para el ejercicio del derecho de llevar adelante la práctica autorizada, en condiciones de seguridad, higiene, celeridad y privacidad.”

Si se le reconociera legitimación “...la asociación Portal de Belén terminaría subrogando a todas las mujeres (víctimas de un delito) y relevándolas del derecho personalísimo de decidir sobre si continuar con la gestación o interrumpirla sin consecuencias penales, tal como el legislador les permite.” Así, “el embarazo debería ser llevado a término forzosamente en todos los casos, aun prescindiendo del deseo, las necesidades, el estado de salud psicofísica y la autoconservación, así como del derecho que le asiste a toda mujer de que se respete el diseño por ella preferido o al que hubiera optado en relación con su propia vida personal, reproductiva y familiar.” Esto “significaría -también- una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de la damnificada” y “cobra especial relevancia cuando la víctima de la violación es una niña, tal como lo establece -en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño- la Ley n.º 26061. En efecto, ninguna niña puede ser privada del derecho de “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquello que tenga interés”, en función de su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”.

“...forzar a la mujer a llevar a término -sin su intransferible consentimiento- el embarazo que es fruto de un abuso sexual con acceso carnal conspira contra el artículo 6.d, de la misma ley (Ley N° Ley n.º 26485, de Protección Integral), en cuanto proscribire la violencia contra la libertad reproductiva, esto es, “aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25673, de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”. Y el abuso sexual con acceso carnal es la máxima expresión de este tipo de violencia. Por eso mismo, algunos doctrinarios, no obstante reconocer que el aborto plantea una guerra de absolutos (la vida contra la libertad), concluyen: “La violación es una de las formas más profundas de negación de la libertad, y obligar a una mujer a dar a luz al hijo de su violador es una agresión a su humanidad”.

(Voto mayoritario)

En este contexto y luego de años de espera, corresponde asegurar la efectiva implementación del protocolo provincial. Desde FUNDEPS, celebramos esta decisión judicial y las manifestaciones de la máxima autoridad de Ministerio de Salud de la Provincia.