

Argentina: Modificación del Código Civil y el impacto de la decisión de la Corte Suprema de la Nación.

Laura Giunta¹ y Agustina Mitre²

Contenido

I. INTRODUCCIÓN	2
II. UNA AMENAZA LATENTE: CONSTANTES PRESIONES PARA ELIMINAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL EMBRIÓN HUMANO	2
A. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA EMBRIONARIA EN EL ANTERIOR CÓDIGO CIVIL, EN EL ORIGINAL PROYECTO DE REFORMA Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL VIGENTE	2
B. EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “CONCEPCIÓN” EN EL CENTRO DEL DEBATE	5
III. PROTOCOLOS PROVINCIALES PARA LA ATENCIÓN DE ABORTOS NO PUNIBLES	7
A. LOS EFECTOS DEL FALLO “F.A.L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”	7
B. BREVE MENCIÓN A LOS PROTOCOLOS PROVINCIALES	8
1. PROVINCIAS QUE HAN ADHERIDO A LA GUÍA TÉCNICA NACIONAL	8
2. PROVINCIAS QUE CUENTAN CON PROTOCOLOS ESPECIALES	8
3. PROVINCIAS QUE HAN SEGUIDO LAS RECOMENDACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	8
IV. LA BATALLA JUDICIAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA: UN CASO PARA RESALTAR	11
A. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CARECE DE FUERZA VINCULANTE PARA LAS PROVINCIAS	12
B. EXISTENCIA DE UN APARENTE CONFLICTO DE DERECHOS	12
C. CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PÚBLICO LOCAL	13
D. INEXISTENTE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO	14
V. CONCLUSIÓN	14

¹Abogada por la Universidad de Mendoza.

² Abogada por la Universidad Nacional de Tucumán. Maestrando en Magistratura y Derecho Judicial por la Universidad Austral.-

I. Introducción

El siguiente artículo pretende analizar cómo el ordenamiento jurídico argentino protege al embrión humano. Se analizará tanto desde el derecho privado como del derecho penal.

En primer lugar, analizaremos los cambios realizados por la Unificación del Código Civil y Comercial, referentes a la protección de la persona por nacer.

En segundo lugar, se analizarán dos hechos que se refieren a aspectos de naturaleza penal. Se analizarán los efectos que tuvo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”) en la regulación de los abortos no punibles, y se resaltarán finalmente un éxito judicial de gran importancia.

II. Una amenaza latente: constantes presiones para eliminar la protección jurídica al embrión humano

Para comprender acabadamente el alcance de las disposiciones aprobadas respecto del inicio de la existencia de la persona humana y su protección legal, conviene realizar una breve remisión al anterior Código Civil, al proyecto originario enviado al congreso y finalmente al Digesto que fue aprobado y es hoy el Código Civil y Comercial vigente en la República Argentina.

a. La protección de la vida embrionaria en el anterior Código Civil

El anterior Código Civil Argentino, redactado por Dalmacio Vélez Sarfield³, reconoció en los arts. 63 y 70 que son personas por nacer aquellas que están concebidas en el seno materno, y que la existencia de las personas físicas comienza desde la concepción.

Art. 63. Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Art. 70. 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.

³Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield fue un abogado y político argentino, autor del Código Civil de Argentina de 1869, la mayor parte del cual aún continúa vigente.

Como se desprende de los artículos transcritos, el código reconoce a estas personas la posibilidad de adquirir derechos, los cuales devienen irrevocables si nacen con vida, ya que si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, se considera como que nunca hubiesen existido. De esta forma, el nacimiento sin vida opera como una condición resolutoria respecto de los derechos adquiridos por herencias, legados o donaciones, pero no influye en la consideración de persona, que -como se dijo- es tal desde el momento de la concepción.

En efecto, la nota del art. 63 del código reafirma esta interpretación al expresar que

“las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”.

Para el derecho argentino entonces, con éstas normas del código-reforzadas luego con la reforma constitucional del año 1994 en la que se incorporaron con rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos-, queda absolutamente claro que el inicio de la existencia de la persona humana comienza con la concepción⁴. Entendiendo el término “concepción” como “fecundación”, es decir, el momento mismo en que se unen el óvulo y el espermatozoide, para formar un nuevo ser humano, con un código genético distinto al de sus padres.⁵

b. Un intento frustrado por romper con una tradición proteccionista del derecho a la vida.

La redacción original del Proyecto de Reforma N° 884/2012, preveía dos momentos distintos en que comenzaría la protección legal de las personas.

ARTÍCULO 19 (Proyecto Reforma).- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

Este artículo preveía dos momentos distintos en que los seres humanos comenzaban a ser personas, según su concepción se produjera dentro o fuera del seno materno. Esta distinción implicaba la existencia de un doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada: si fue por medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación) la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto denomina

⁴Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado II.B “El derecho humano a la vida en la legislación nacional y en los tratados internacionales”.

⁵Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 nota al pie n° 10.

“técnicas de reproducción humana asistida”, la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano⁶.

Consecuencia de ello es que los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas -al no ser considerados personas- quedaban arbitrariamente desamparados. Ello es así ya que, si bien se preveía la existencia de una ley especial que los protegiera, dicha ley especial, no existe y no estaba prevista en la reforma propuesta.

Esto deja en evidencia que si se hubiera aprobado la reforma, los embriones humanos no implantados, no gozarían de ninguna protección, y podrían por lo tanto ser utilizados, para experimentación, donación, fines comerciales etc.

Una de las características centrales del Proyecto de reforma, era la intención de armonizar la legislación civil con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que desde 1994 cuentan con jerarquía constitucional. Tal pretensión nos permite concluir que en el Proyecto, ante todo, debe respetar la única definición de niño que ha adoptado la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual reza: “Para la República Argentina se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

La Constitución Nacional reconoce al niño como persona desde su concepción. Y no hace ninguna distinción según la concepción sea dentro o fuera del seno materno ya que esa distinción es accidental y no afecta a la esencia del nuevo ser.

Ésta distinción realizada en el proyecto de ley, tuvo numerosas críticas por parte de juristas, académicos, y opinión pública en general, quienes calificaron la redacción de inconstitucional, discriminatoria, y arbitraria.

Luego de un arduo debate en el seno de la comisión bicameral que se designó a efectos de emitir dictamen legislativo,⁷ el artículo quedó finalmente redactado de la siguiente manera:

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

c. El actual Código Civil y Comercial

En el nuevo Código Civil y Comercial la protección del embrión humano no ha cambiado en relación al anterior Código. Al contrario, su protección ha sido fortalecida al eliminar el término “concepción en el seno materno”, sin distinguir el lugar donde se

⁶Persona y Familia en el Proyecto de Código Civil, Informe Especial del Centro de Bioética, Persona y Familia, Septiembre de 2012, pag. 4. <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2013/10/Centro-de-Bio%3%A9tica-Cuadernillo-Proyecto-CC.pdf>

⁷ A fin de darle trámite legislativo al proyecto de reforma del Código Civil, se conformó una comisión bicameral, integrada por diputados y senadores, es decir por miembros de las dos cámaras que conforman el Congreso Nacional.

realice la concepción. El embrión es así digno de la protección que proveen las leyes para todo ser humano. Así, el nuevo Código prevé expresamente en relación a los derechos del no nacido. El Art. 665 establece el derecho alimentario para las personas por nacer.

En un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones de Entre Ríos, se desestimó el recurso de apelación, confirmando el fallo de la instancia previa, estableciendo la obligación para el padre de una suma mensual como cuota alimentaria para su hijo por nacer.

d. El significado del término “concepción” en el centro del debate

Si bien la nueva redacción implica un avance respecto de la redacción original del artículo propuesto, como así también respecto de la redacción del anterior código Civil -ya que no distingue según el lugar en que se produzca la concepción⁸- el nuevo inconveniente que se presenta es definir qué se entiende por “concepción”.

Algunos juristas, enrolados en la postura desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo”⁹, entienden que el momento de la concepción no coincide con el de la fecundación, sino con la implantación del embrión en útero materno.^{10,11} En efecto, en el fallo mencionado la

⁸ El artículo 70 del anterior Código Civil Argentino disponía que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”. La mención al seno materno se explica ya que al tiempo de sancionarse el Código, en el año 1871, no existían las técnicas de reproducción asistida.

⁹ Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de Noviembre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁰ Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de Noviembre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf Punto 180. “La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.” Punto 186 “(...) la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.”

¹¹ En Septiembre de 2015, en el caso L.E.H. y otros c/O.S.E.P”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resolvió que el Diagnóstico Genético Pre-implantatorio (DGP) no es una prestación obligatoria para las obras sociales, confirmando la sentencia del Superior Tribunal de Mendoza en ese sentido. Lo destacable de este fallo es que impide que el D.G.P. se generalice. El DGP es un estudio que se realiza para seleccionar embriones concebidos en forma extracorpórea a través de análisis de sus características genéticas. Esto merece serios reproches bioéticos por el criterio de selección de los embriones que se van a implantar: los mejores, los que tengan más viabilidad, y no existen límites para la arbitrariedad humana a la hora de elegir, incluso pueden darse criterios de perfeccionamiento de la

Corte IDH concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, y que el término “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero¹². Ésta interpretación pretende modificar el concepto de la palabra concepción, confundiendo los momentos de la unión de los gametos con el de la implantación, redefiniendo de esta manera el momento del inicio de la existencia de la persona humana.

Sin embargo, respecto de la obligatoriedad para el Estado Argentino del mencionado fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los juristas argentinos reunidos en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹³, entendieron que dicho fallo no era aplicable por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la Argentina no fue parte en dicho proceso, y segundo lugar, porque la situación fáctica analizada en el fallo es sustancialmente distinta ya que en Argentina no están prohibidas las técnicas de reproducción humana asistida¹⁴.

Es por ello que, si la interpretación del nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial vigente se hace a la luz de los textos constitucionales, de lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia nacional, de la ciencia y de la sana inteligencia de las palabras, el artículo no debería suscitar mayores objeciones.

Por otro lado, interpretar que la concepción se identifica con el momento de la implantación supondría múltiples amenazas para el embrión no implantado, privado de protección legal. Así, por ejemplo, abriría las puertas a la manipulación genética de

raza, descartando aquellos embriones que presenten alguna deformación o enfermedad. Embriones que no pasan el “control”, son privados del “derecho a nacer” y del derecho a la vida. Lo más destacable de este decisorio es que en la oportunidad en que el Superior Tribunal podría haber aplicado el caso Artavia Murillo de la CIDH, no invocó la doctrina legal de ese fallo, pese al dictamen del Ministerio Público en tal sentido. Por lo tanto ese fallo, por interpretación explícita de nuestro Superior Tribunal, no tiene aplicación directa en nuestro ordenamiento, ni es obligatorio para nuestro país.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 28 de Noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pag. 10. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

¹³ Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil convocan a abogados argentinos, quienes se reúnen una vez al año en diferentes puntos del país, a fin de tratar los temas fundamentales del derecho civil. En estas jornadas se redacta un libro de ponencias y conclusiones sobre los temas abordados, el cual se publica y forma parte de la doctrina jurídica Argentina. Despacho de Minoría “Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como implantación en el seno materno.” 3.-La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho. www.jndc.com.ar

¹⁴ En Argentina fue sancionada el 5 de junio de 2013, la ley N° 26862 de Fertilización Humana Asistida.

embriones, y al aborto practicado a través de la anticoncepción de emergencia¹⁵ y el que se realice por el suministro de misoprostol en los primeros días de gestación¹⁶.

Es por ello que, también en las mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en la Universidad de Buenos Aires los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013, se sugirió que el Código diga expresamente: “*Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno.*” Ésta última redacción se ajusta de forma más precisa al espíritu de la legislación argentina, ya que realmente protege a todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción, desde el primer instante de su existencia.

III. Protocolos provinciales para la atención de abortos no punibles¹⁷

a. Los efectos del fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”¹⁸, no sólo que el aborto *no es punible* cuando el embarazo proviene de una relación sexual no consentida y que no se requiere autorización judicial previa ni denuncia policial para acceder al aborto en estos casos, sino que incluso llega a sostener que, existe un *derecho de la mujer* a solicitar el aborto en estos casos¹⁹. Así mismo, la Corte exhortó al Estado Nacional y a los Estados Provinciales a que sancionen protocolos que regulen el efectivo acceso a los abortos no punibles, y a los poderes judiciales a que no obstruyan el acceso a esta práctica²⁰.

A dos años de esta decisión de la Corte, se observa que el comportamiento de las autoridades nacionales y provinciales es disímil en esta materia, y varía según la jurisdicción de que se trate: trece de las veinticinco jurisdicciones del país han dictado protocolos para la realización de los abortos no punibles²¹, y sólo algunas han dictado protocolos que se corresponden en buena medida con la decisión de la Corte²².

¹⁵Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 “Inconstitucionalidad de la Anticoncepción hormonal de emergencia”, pag. 177.

¹⁶Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado III.E “Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto”, pag. 162

¹⁷ Sobre reglamentación de abortos no punibles ver en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado III.B.II “Proyectos de reglamentación del artículo 86 del Código Penal argentino”, pag. 152.

¹⁸Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado III.D “Un fallo de la Corte Suprema de Justicia sin precedentes”, pag. 157.

¹⁹ La Corte utiliza el término “derecho” en los considerandos 18, 19, 23, 24, 28, 29 y 31.

²⁰ La Corte no “ordena” a las Provincias en la parte resolutive del fallo, sino que se limita a “instar”. Es decir, se trata de sugerencias sin fuerza vinculante.

²¹Argentina cuenta con 25 jurisdicciones: 24 jurisdicciones locales correspondientes a las 23 provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una jurisdicción nacional-federal.

²²Algunas de ellas lo han hecho a través de leyes provinciales y otras, a través de resoluciones del los diferentes Ministerios de Salud Locales.

b. Breve mención a los protocolos provinciales

1. Provincias que han adherido a la Guía Técnica Nacional

Algunas provincias argentinas no han sancionado protocolos propios, sino que han adherido a la guía técnica elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación²³. Estas provincias son:

- **Chubut (Ley XV 14/2010)**
- **Santa Fe (Resolución ministerial 612/2012)**
- **Tierra del Fuego (Resolución ministerial 392/2012)**
- **Jujuy (Resolución ministerial 8687/2012)**
- **Chaco (Ley 7064/2012).**

2. Provincias que cuentan con Protocolos especiales

Existen otras provincias que han sancionado protocolos propios, incluso antes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Estas provincias son:

- **Río Negro (Ley 4796/2012)** Cuenta con un protocolo especial, y remite subsidiariamente a las disposiciones de la Guía Técnica Nacional.
- **Neuquén (Resolución ministerial 1380/2007)** Cuenta con un protocolo especial.

3. Provincias que han seguido las recomendaciones de la Corte Suprema de Justicia

Finalmente, existe otro grupo de provincias que han seguido las recomendaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia en el caso "F., A. L. s/medida autosatisfactiva". Estas provincias son:

- **Salta (Decreto 1170/2012)²⁴**

Una particularidad de este protocolo es que adhiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, aunque paradójicamente, reconoce expresamente el carácter no vinculante de la misma. Así, el Decreto expresa:

"VISTO: la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Nación en la causa "F., A. L. s/medida autosatisfactiva"; Expte. N° 259. XLVI, y;

CONSIDERANDO:

²³ Ver en el reporte Argentino publicado en 2012, pag. 154

²⁴ Guías de procedimiento para la asistencia integral de víctimas de violencia sexual y atención de los abortos no punibles en hospitales públicos. Del: 21/03/2012; Boletín Oficial 26/03/2012

Que en dicho fallo el máximo Tribunal de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, dejando sentado que no resulta punible el aborto practicado a una mujer víctima del delito de violación, sea o no incapaz.

Que, además, ha exhortado a las autoridades nacionales y provinciales, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

Que debe puntualizarse, en primer lugar, ***que los fallos judiciales en el sistema constitucional de la República, sólo tienen efectos obligatorios para el caso concreto.*** De allí entonces, que ***la exhortación formulada por el Tribunal constituye una recomendación*** y, como tal, ***no tiene fuerza imperativa para las autoridades provinciales,*** menos aún en cuanto establece normas procedimentales, v.g., la declaración jurada, prevista como medio de acreditación del delito.

Que no obstante ello, no puede soslayarse la importancia institucional del fallo, en atención a la especial naturaleza de la materia y al órgano del que emana.”²⁵

De este modo, si bien reconoce expresamente que no existe obligatoriedad en lo resuelto por la Corte, la provincia de Salta sanciona un protocolo que regula la práctica de los abortos no punibles siguiendo sus recomendaciones, simplemente en atención a una alegada “importancia institucional”. De este modo desconoce abiertamente la normativa nacional e internacional vigente que reconocen el inicio de la vida desde la concepción, su necesaria protección legal desde el mismo momento, y la sanción penal contra todo acto que la atente, la cual sólo prevé excusas absolutorias de interpretación restrictiva²⁶.

- **Entre Ríos (Resolución Ministerial 974/2012)**

La Resolución Ministerial de la Provincia de Entre Ríos remite con análogos argumentos al fallo de la Corte Suprema de Justicia al alegar en sus considerandos que:

²⁵ <http://www.mapalegislativo.org.ar/index.php/legislacion/por-territorio/salta/85-persona-por-nacer/1806-decreto-11702012-guias-de-procedimiento-para-la-asistencia-de-victimas-de-violencia-sexual-y-atencion-de-abortos-no-punibles-en-hospitales-publicos>

²⁶ Ver el reporte Argentino publicado en 2012, “La protección del derecho a la vida en la República Argentina. Garantía de vigencia de todo el sistema de derechos humanos”.

“Que en nuestro sistema jurídico, los fallos de la CSJN *solo son obligatorios para el caso individual* sometido a juicio, sin perjuicio de lo cual no se puede desconocer la trascendencia de los decisorios del máximo tribunal.”²⁷

A esta resolución le caben idénticas críticas efectuadas previamente.

Sin embargo, esta provincia en un fallo reciente de su Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, reconoció los derechos de una persona en gestación. El nuevo Código posee expresas disposiciones referentes a derechos de los que son titulares las personas por nacer, en particular, el derecho alimentario de la persona por nacer que se gesta en el vientre se encuentra expresamente reconocido por la novel legislación en vigencia -art. 665 del Código Civil y Comercial. En un reciente fallo judicial en los autos “G., M. G. C/ G., J. A. S/ medida cautelar alimentos provisorios (Expte. N° 8565)”, la Cámara Civil y Comercial de Concordia, Entre Ríos, desestimó el recurso de apelación y, de esta manera, confirmó la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar fijando una suma mensual en concepto de alimentos provisorios en favor de la hija o el hijo en gestación.

- **La Pampa (Decreto 279/2012)**

La Provincia de La Pampa remite con análogos argumentos al fallo de la Corte Suprema de Justicia, por lo que le caben mismas críticas y consideraciones efectuadas precedentemente.

- **Ciudad de Buenos Aires (Resolución Ministerial 1252/2012)**

La Ciudad de Buenos Aires remite con análogos argumentos al fallo de la Corte Suprema de Justicia, por lo que le caben mismas críticas y consideraciones efectuadas precedentemente.

- **Provincia de Buenos Aires (Resolución Ministerial 3146/2012)**

La Provincia de Buenos Aires remite con análogos argumentos al fallo de la Corte Suprema de Justicia, por lo que le caben mismas críticas y consideraciones efectuadas precedentemente.

- **Provincia de Córdoba (Resolución Ministerial 93/2012)**

Esta Resolución Ministerial fue declarada inconstitucional, por lo que su análisis será abordado en el siguiente apartado.

²⁷ <http://www.mapalegislativo.org.ar/index.php/legislacion/por-territorio/entre-rios/70-persona-por-nacer/949-resolucion-974-aprobando-guia-de-procedimiento>

IV. La batalla judicial en la Provincia de Córdoba: un caso para resaltar

La provincia de Córdoba, al igual que algunas de las provincias anteriormente mencionadas, sancionó su propio protocolo mediante Resolución Ministerial 93/2012, siguiendo las recomendaciones de la Corte Suprema de Justicia (sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo que dicho fallo judicial sólo tenía efectos vinculantes para el caso concreto).

En efecto, en sus considerandos la resolución ministerial expresa que:

“el máximo tribunal [en la causa "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva"; Expte. N° F. 259. XLVI.], (...) exhorta a las autoridades (...) provinciales (...) con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

Que en nuestro sistema jurídico, los fallos de la CSJN *solo son obligatorios para el caso individual* sometido a juicio.

Que no obstante ello, atento a la trascendencia institucional y social de dicho fallo su implicancia para el abordaje de la salud pública, resulta conveniente avanzar en el dictado de normas y/o guías de procedimiento, que permitan garantizar el derecho a la salud de las mujeres que soliciten práctica de aborto terapéutico.

Sin embargo, la validez de este protocolo fue cuestionada en sede judicial, y fue declarado inconstitucional por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (en adelante “la Cámara”) a instancias de una acción de amparo planteada por la Asociación Civil Portal de Belén²⁸.

La Cámara dictó un fallo ejemplar en lo que respecta a la protección de los derechos de los niños por nacer, donde se destacan las siguientes líneas argumentativas desarrolladas por el tribunal:

- a) El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación carece de fuerza vinculante para las provincias.
- b) Existencia de un aparente conflicto de derechos.
- c) Constitucionalidad del derecho público local.
- d) Inexistente responsabilidad internacional del Estado Argentino.

²⁸Acción de amparo N° 2301032/36 caratulada “Portal de Belén Asociación Civil C/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba p/ Amparo/ Recurso de Apelación. Cabe destacar que la Asociación Civil Portal de Belén cuenta también con un éxito jurisprudencial en un caso tramitado ante la Corte Suprema de Justicia, sobre la anticoncepción hormonal de emergencia. Ver en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado III.C “Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia”.

a. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación carece de fuerza vinculante para las provincias

La Cámara entendió que la Corte Suprema de Justicia en el caso FAL se extralimitó en sus funciones, ya que al expresar: "...oportuno y necesario, ampliar los términos de este pronunciamiento...", aclarando que su intervención es a los efectos de esclarecer la confusión reinante, reconoce que se aparta de lo que específicamente le compete (que es dictar sentencia en ese caso concreto), y se atribuye funciones legislativas haciendo exhortaciones a las provincias para que dicten protocolos para la atención de los abortos no punibles.

Recuerda la Cámara que la misma Corte en otros fallos, ha recordado a los tribunales inferiores que sus sentencias carecen de fuerza vinculante, es decir, no son obligatorias para los tribunales locales en materia de derecho público local²⁹.

Es por lo expuesto que la Cámara adopta una resolución contraria a lo exhortado por la Corte Suprema, amparándose en normas de derecho público local, y expresando que "no podemos dejar de advertir en las normas locales un énfasis mayor en el deber de los órganos estatales de respetar y proteger el derecho a la vida de los niños por nacer y muy especialmente en materia de políticas de salud".

b. Existencia de un aparente conflicto de derechos

La Cámara entiende que se está frente a un conflicto de derechos³⁰.

Esta afirmación surge luego de analizar la extensa protección legal de que goza el niño por nacer, y lo establecido en el fallo FAL por la Corte Suprema (donde el máximo tribunal llega a sostener que existe un *derecho* de la madre a solicitar el aborto y a que el sistema público de salud le proporcione las condiciones necesarias para poder acceder al "aborto seguro").

A lo largo de la argumentación, la Cámara demuestra que en Argentina el aborto *nunca puede considerarse un derecho*. Afirma que el art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal prevé supuestos de excusas absolutorias. Es decir, en esos casos la ley no le quita al acto la calidad de delito, sino que por una cuestión de política criminal no le impone la pena prevista en la ley penal. Así, en la República Argentina, *el aborto en cualquier caso es delito*, aunque existen supuestos en que ese delito no es penado.

Al demostrar que el aborto en estos supuestos es delito, y que por lo tanto no existe el denominado derecho al aborto, concluye que nadie tiene el derecho de exigir al sistema de salud que le garantice las condiciones necesarias para un "aborto seguro".

²⁹Fallos 304:1459

³⁰ Apartado 4.2.

Por lo tanto, frente a dos personas que revisten idéntica dignidad humana, no se podrá hacer prevalecer los derechos de una sobre la otra sin “deshumanizar” a alguna de ellas. En este sentido, recuerda la Cámara que cada vez que se ha pretendido justificar la tortura, la esclavitud, el exterminio, etc, se ha recurrido a una negación de las mismas como personas.

A diferencia de ello, el ordenamiento jurídico argentino ha reconocido siempre la dignidad humana de los niños por nacer y los derechos que les son inherentes. En respaldo de esta afirmación, la Cámara cita nuevamente el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual fue integrado por el art. 75 inc. 22 al bloque de constitucionalidad argentino, el cual establece que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad”³¹. Recuerda también la jurisprudencia de la propia Corte Suprema que reconoció a los niños no nacidos la calidad de personas³².

Finalmente la Cámara concluye que no hay tal conflicto de derechos, y que el único que tiene derecho a que se respete su status de persona humana es el niño por nacer.

c. Constitucionalidad del derecho público local

La Cámara también analiza normas de derecho público local de la Provincia de Córdoba, resaltando la constitucionalidad de las mismas³³.

Comienza haciendo mención al art. 4 de la Constitución provincial que declara inviolable la vida, desde la concepción, e impone como deber especial de los poderes públicos su “respeto y protección”, al art. 19 que reconoce a todas las personas el derecho a la vida desde la concepción, y al art. 59 que -al referirse al sistema de salud- incluye el control de los riesgos biológicos, sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción”.

Luego analiza los mencionados artículos a la luz del sistema nacional de constitucionalidad, y concluye que éstos son absolutamente compatibles.

Cita la ley local 6222 sobre salud pública, que en su art. 5 inc b) les impone a todas las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud la obligación de respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual “desde la concepción” y en consecuencia les prohíbe en el art. 7 inc. d) “practicar, colaborar, propiciar o inducir a la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento”.

La Cámara entiende de este modo, que las normas locales son constitucionales porque en ningún momento entran en contradicción con el derecho constitucional

³¹Ver también en el reporte Argentino publicado en 2012 el apartado II.B “El derecho humano a la vida en la legislación nacional y en los tratados internacionales”.

³²(C.S.J.N, 11/01/2001, Fallos T, pág. 5 – C.S.J.N, 5/03/2002, Fallos T 325, pág. 292 y C.S.J.N, 22/05/2007, Fallos T 330, pág. 2304).

³³Apartado 4.3.

nacional, el cual protege la vida desde el momento de la concepción y le reconoce al niño por nacer la calidad de persona humana. Por ello la decisión del Congreso nacional de privar de pena el aborto en determinadas circunstancias, de ningún modo obliga a la provincia, ni prevalece dicha norma sobre el mandato constitucional local de proteger la vida de los niños por nacer.

Habiendo concluido sobre la validez de los arts. 4 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, y que los mismos guardan armonía con la Constitución Nacional, que lo mismo ocurre con la ley local 6222, la Cámara concluye sobre la inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial 93/2012 por contradecir la misma el ordenamiento jurídico local.

d. Inexistente responsabilidad internacional del Estado Argentino

Exponen los jueces cordobeses que, “el único compromiso de acatamiento obligatorio que ha hecho nuestro país en los sistemas de protección supranacional de derechos humanos se refiere a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **en los casos en que ha sido parte**”³⁴ (resaltado propio).

En virtud de estos argumentos la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial declaró la inconstitucionalidad a toda la resolución ministerial que regula la atención de los abortos no punibles en la Provincia de Córdoba.

V. Conclusión

Si se hace un balance general de lo ocurrido en Argentina desde el año 2012 hasta la fecha, puede concluirse que en materia civil Argentina dio un avance en lo referente a la protección del Derecho a la vida, en tanto en materia penal se configura un retroceso tiene la posibilidad de avanzara hacia una mayor protección del derecho a la vida, en tanto que en materia penal pareciera haber un retroceso.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial Argentino refuerza la protección del derecho a la vida desde la concepción, y la amplía sin distinguir si ésta comienza dentro o fuera del vientre materno.

En tanto que en materia penal, como consecuencia del fallo F.A.L de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede observarse que hubo un retroceso en la protección del niño por nacer ya que aumentaron las provincias que, siguiendo las recomendaciones efectuadas por la Corte, han aprobado protocolos provinciales de abortos no punibles.

Sin perjuicio de ello, existen algunas provincias como Mendoza y Tucumán que no han aprobado estas guías técnicas para la atención de abortos no punibles (a pesar de las presiones ejercidas por grupos pro aborto, y gracias a la acción y el lobby de las ONG pro vidaante las legislaturas provinciales), y que junto al éxito judicial que

³⁴Apartado 4.6.

representa el caso de Córdoba, hacen pensar esperanzadoramente que esta tendencia puede revertirse.

Además, no se puede dejar de resaltar que durante el año 2013 y lo transcurrido del año 2014, no se dictó ningún protocolo provincial, ni se insistió ante el Congreso de la Nación con la aprobación de los proyectos de ley que pretenden aprobar el aborto, libre y gratuito en todo el territorio de la Nación.

De este modo, si bien los efectos de la última sentencia de la Corte fueron graves, la aceptación por parte de las provincias (y del pueblo argentino en general) no fue unánime, y las resistencias se han hecho sentir.

Aún queda mucho terreno por ganar, y existen legisladores y organizaciones dispuestas a hacer oír la voz de quienes propugnan por un país cada vez más respetuoso de los derechos humanos.