

_____ Salta, 27 de diciembre de 2013

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"ASESORÍA DE INCAPACES N° 2 EN REPRESENTACIÓN DE NN POR NACER VS. E., C. - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte N° CJS 36.987/13), y _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ Los Dres. **Guillermo A. Posadas, Sergio Fabián Vittar, Guillermo A. Catalano, Abel Cornejo y Guillermo Félix Díaz**, dijeron:

_____ 1º) Que frente a la demanda de amparo promovida por la Asesora de Incapaces N° 2 en representación del niño por nacer hijo de C. M. E. de 13 años de edad -quien está bajo la patria potestad de su madre C. E. - con el objeto de resguardar el derecho a la vida del "nasciturus" y obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1170/12 y de la resolución n° 215 del Ministerio de Derechos Humanos (debe entenderse Resolución conjunta N° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y 797/12 del Ministerio de Salud Pública), el juez de la anterior instancia resolvió prohibir la ejecución de "toda práctica médica o de cualquier índole que pudiera interrumpir o evitar la gestación natural del niño por nacer", intimó al Estado Provincial para que arbitre los medios necesarios en orden a la asignación de un subsidio y toda terapia psicológica para que C.M.E. pueda afrontar su embarazo en resguardo de su bienestar y el de su hijo, exhortó a los asesores de incapaces intervinientes y Ministerio Fiscal para que al momento del nacimiento se allane el camino de una eventual adopción y, finalmente, declaró la inconstitucionalidad del Decreto provincial n° 1170/12 y resolución n° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y su Anexo. _____

_____ Para resolver como lo hizo, el juez del amparo, en lo esencial, si bien parte en sus argumentos de la configuración en el caso de una "colisión de derechos" entre el niño y su madre frente al reconocimiento de los derechos de aquél desde el momento de la concepción que efectúan los tratados internacionales de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad federal, concluye -con cita de la Corte Suprema Mexicana- que la protección de la vida a partir de la concepción no puede amparar una libertad entendida como capacidad para decidir si se desea o no interrumpir un embarazo, esto es, el derecho a abortar. Dice que en el caso no se acreditó cómo podría verse afectado el derecho a la vida de la madre si se le impidiese efectuar la práctica abortiva y que los restantes derechos resultan de jerarquía inferior al primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva. Cita en apoyo de su postura el dictamen del Comité de Bioética del Colegio Médico de Salta. _____

_____ Menciona de modo tangencial el caso "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" (CSJN, 13/03/2012). Efectúa una narración detallada de la evolución biológica del embrión desde el momento de la fecundación para reafirmar el derecho a la vida de la persona por nacer. _____

_____ En relación a la declaración de inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1170/12 y de la resolución ministerial conjunta n° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y n° 797/12 del Ministerio de Salud Pública, relativos ambos a la aprobación de la "Guía de Procedimiento para la Asistencia Integral de toda Víctima de Violencia Sexual y la Concreta Atención de los Abortos No Punibles", el juez "a quo", luego de desconocer la fuerza vinculante del mentado caso "F., A.L." y de expresar que

pese a las “excusas absolutorias” de los incisos 1 y 2 del art. 86 del Código Penal el aborto es una conducta antijurídica, afirma que el Poder Ejecutivo Provincial se ha extralimitado en sus facultades reglamentarias por violentar el reparto de competencias entre Nación y provincias y contradecir el art. 10 de la Constitución de Salta en tanto reconoce expresamente los derechos del niño por nacer. _____

_____ Contra tal pronunciamiento, a fs. 126, 132 y 135 el Asesor de Incapaces N° 4, la Sra. C. E. con el patrocinio letrado de las Dras. Graciela Abutt Carol y Mónica Menini y la Provincia de Salta respectivamente, dedujeron sendos recursos de apelación. ____

_____ En sus agravios, el Asesor de Incapaces N° 4 Dr. José Manuel Pereira, representante promiscuo de la niña C.M.E., cuestiona el fallo apelado por cuanto entiende que se ha emitido un pronunciamiento meramente académico en consonancia con un antecedente de una Cámara de Apelaciones de la provincia de Córdoba caratulado “Portal de Belén Asociación Civil”. Destaca que ese caso refiere a una acción declarativa donde no existía un caso concreto. _____

_____ Afirma que la sentencia apelada se aparta de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F., A.L.”. Asimismo recuerda que esta Corte en el precedente “Cari” declaró la constitucionalidad del protocolo establecido en el Decreto N° 1170/12 y las ya citadas Resoluciones Nros. 215/12 y 797/12. En consecuencia manifiesta que se ha preterido la interpretación obligatoria de la doctrina de esta Corte para los tribunales inferiores con arreglo al art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. _____

_____ Luego de relatar la situación fáctica de autos expresa que el caso se encuentra comprendido en lo preceptuado por el art. 86

inciso 2 del Código Penal, con la interpretación hecha por la Corte Federal y cumplidos los requisitos de la Guía de Procedimiento para la Asistencia Integral de toda Víctima de Violencia Sexual. ____

_____ En definitiva, solicita se revoque la sentencia apelada y se rechace la demanda de amparo interpuesta por la Asesora de Incapaces N° 2 en representación del niño por nacer. _____

_____ Por su parte, la Provincia de Salta al expresar sus agravios arguye que la sentencia impugnada carece de fundamentos suficientes que justifiquen la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 1170/12 y de la resolución conjunta N° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y N° 797/12 del Ministerio de Salud Pública pues viene a condicionar gravemente las atribuciones propias de la Provincia que se han ejercido siguiendo los parámetros establecidos sobre la cuestión del aborto no punible por la Corte Suprema. _____

_____ Resalta que la "Guía de Procedimiento para la Asistencia Integral de toda Víctima de Violencia Sexual y la Concreta Atención de los Abortos No Punibles" se dictó con arreglo a los parámetros establecidos por la Corte Federal en el caso "F., A.L." donde en ejercicio de sus competencias constitucionales determinó la hermenéutica que corresponde asignar al inc. 2 del art. 86 del Código Penal. _____

_____ Entiende que el error del juez "a quo" se configura al analizar exclusivamente la cuestión desde la óptica del art. 10 de la Constitución Provincial, siendo que este precepto no ha sido objeto de reglamentación o alteración alguna por parte de las normas provinciales atacadas por la amparista, sino que éstas se han limitado a diseñar una guía de procedimiento para hacer efectivo el derecho de la mujer embarazada, víctima de una agresión sexual y

consagrado, reitera, por el aludido inc. 2 del art. 86 del Código Penal con los alcances fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Subraya que ello no ha sido cuestionado en su legitimidad por la sentencia atacada. _____

_____ Destaca que esta Corte en la causa "Cari" (Tomo 177:803) tuvo oportunidad de efectuar el examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas ahora por el juez del amparo, pronunciándose por su validez, lo que el "a quo" ha ignorado. _____

_____ Recuerda que en dicho precedente se dijo que el decreto impugnado se limitó a seguir la interpretación jurídica de la Corte Federal y determinó 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 en asistencia de las víctimas de "violación". Se trata -agrega- de una norma dictada en uso de facultades que corresponde a la Provincia surgidas de la distribución de competencias que establece la Constitución Nacional (arts. 1, 5 y 121) y sobre las cuales ninguna autoridad federal puede avanzar. _____

_____ Manifiesta que el sistema diseñado por la Provincia de Salta otorga plenas garantías al control de legalidad de manera que la intervención del Ministerio Público tiende a evitar que no se produzca la hipótesis de que la interrupción del embarazo obedezca a otra de las causales previstas en el inc. 2 del art. 86 del Código Penal. _____

_____ Finalmente, sostiene la obligatoriedad para todos los tribunales de la Provincia de la doctrina sentada por la Corte de Justicia local con arreglo al art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. _____

_____ A fs. 155/177 formula sus agravios la señora C. E. , en

ejercicio de la patria potestad de C.M.E., con el patrocinio letrado de las Dras. Graciela Abutt Carol y Mónica Menini. Arguye que la sentencia apelada resulta arbitraria y carente de fundamentación lógica y legal. Sostiene que no se ha dado respuesta ni tratamiento a los argumentos presentados por las partes a excepción de los esgrimidos por la amparista. _____

_____ Destaca que se han desconocido los derechos humanos de la menor garantizados por los tratados sobre la materia incorporados con rango constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). En tal sentido no se han analizado, señala, los derechos de la niña que se vieron afectados por la decisión, los tratados internacionales que protegen los derechos de las mujeres, ni se han dado argumentos para apartarse del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “F., A.L. s/Medida Autosatisfactiva”, como tampoco se ha tenido en cuenta la preocupación expresada por los organismos de derechos humanos en relación a la aplicación restrictiva del art. 86 del Código Penal en el país. Así, puntualiza que se han preterido los derechos de la menor a la salud, a la vida, a la libertad, seguridad e integridad personal, a estar libre de violencia, a no ser sometida a tratos inhumanos, crueles y degradantes, a la igualdad y no discriminación; finalmente, el derecho de la niña a vivir una vida libre de violencia en sus relaciones interpersonales con arreglo a la ley 26485 por cuanto entiende que este proceso implicó un supuesto de violencia institucional que es aquella realizada por los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga por fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en la ley; así también refiere a la violencia con-

tra la libertad reproductiva, que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos. _____

_____ Expresa que el “a quo” desconoció la solución normativa del conflicto de intereses prevista por el art. 86 inciso 2° del Código Penal, es decir entre el derecho a la vida del “nasciturus” y los derechos de la niña implicados, extralimitando su función al alterar la solución legislativa expresa. _____

_____ Manifiesta que la sentencia ha ignorado la jerarquía constitucional prevista por el art. 31 de la Carta Magna y, por ende, efectuó una errada interpretación del art. 10 de la Constitución Provincial al darle prioridad por sobre la Constitución Nacional y los tratados y convenciones de rango superior. _____

_____ Destaca que los incisos 1° y 2° del art. 86 del Código Penal se bastan a sí mismos, no necesitan de reglamentación para poder ejercer el derecho contenido en ellos ya que todos los requisitos que se requieren para su aplicación están contemplados en el mismo artículo. _____

_____ Frente a dicha falta de fundamentación legal, sostiene la arbitrariedad del pronunciamiento atacado. En ese sentido estima que el juez se apoyó en su propia voluntad o arbitrio ya que no existen interpretaciones ni argumentaciones lógicas ni legales, resalta, que permitan establecer al art. 86 del Código Penal como excusa absolutoria. Afirma que en el caso citado la Corte Federal ha establecido una obligación de actuar para los médicos ante la situación fáctica que el Código Penal describe por lo que se está -asevera- ante una acción expresamente permitida, esto es, lícita y que no puede ni debe generar ningún tipo de persecución penal,

civil ni administrativa tanto para las mujeres como para los médicos. _

_____ Realiza consideraciones sobre el derecho a la vida y la vida de las mujeres. Cita los casos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” y “Baby Boy vs. EUA” de la Corte IDH. Menciona que el juez dejó de lado las Observaciones Finales para Argentina realizadas por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2010 donde expresó su preocupación por las interpretaciones restrictivas del art. 86 del Código Penal y recomendó al Estado argentino adoptar medidas para garantizar el acceso al aborto no punible. Analiza el comienzo de la vida humana como así también las consideraciones efectuadas por el Alto Tribunal Federal en relación al derecho a la vida en el citado caso “F., A.L.”. _____

_____ Subraya que en autos los médicos (audiencia del 3/12/2013) sostuvieron que existía “riesgo de peligro aumentado” en virtud de la edad de la niña y el hecho de la violación. También destacaron la notable pérdida de peso de la menor de 48 kg. a 39 kg. a la fecha de la audiencia y el aumento de los riesgos a medida que el feto crece, además de destacar el sufrimiento psicológico y físico generado por la situación de angustia e incertidumbre a la que fue sometida la menor como consecuencia de la presente demanda. _____

_____ Menciona la interpretación internacional sobre la protección de los derechos reproductivos de las mujeres frente a la protección de la vida prenatal y la responsabilidad internacional en caso de negativa estatal de prestar servicios de interrupción del embarazo. _____

_____ Afirma que pretender que en el territorio provincial deban regir normativas provinciales por sobre la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional con-

figura un acto que reviste un preocupante desconocimiento de la estructura de poder diseñada por los constituyentes y un acto que busca por sobre todas las cosas, dice, generar en el territorio de la Provincia de Salta la vigencia de un derecho a todas luces inconstitucional y por fuera de toda lógica para persistir en la inaplicabilidad del art. 86 del Código Penal. _____

_____ Finalmente pide que habiéndose creado el 10/12/2013 por Acordada n° 11547 la Oficina de la Mujer en el ámbito de este Poder Judicial, se le otorgue participación en autos por cuanto uno de los objetivos enunciados es la concientización, prevención y erradicación de la discriminación y la violencia contra las mujeres. _ _____

_____ A fs. 178/185, 86/192 y 194/203 contesta la amparista los agravios pidiendo la confirmación de la sentencia, mientras que a fs. 207/214 vta. dictamina el señor Procurador General de la Provincia y el Sr. Fiscal ante la Corte N° 2, en el sentido de que debe revocarse el fallo apelado, por arbitrario en tanto soslaya lo decidido por la Corte Federal en "F., A.L." y por esta Corte en "Cari", a más de haber entorpecido el juez la solución legal a la situación de emergencia en que se halla la menor poniendo en juego su salud, entre otras consideraciones igualmente importantes. _____

_____ 2°) Que resulta necesario referir a la situación fáctica desencadenada en este proceso de amparo. De la compulsa de las actuaciones y del Expte. GAR 110435/13, caratulado "Carrazana, Miguel Ángel por Abuso Sexual con Acceso Carnal en Perjuicio de E. , C. M. " -cuyas copias se tienen a la vista-, se desprende que como consecuencia del abuso sexual sufrido por la menor por parte de su padrastro y que diera lugar al proceso penal antes mencionado a raíz de la denuncia efectuada por la madre de la niña

(denuncia policial n° 930/13) y la intervención de la Fiscalía a través de la Unidad de Graves Atentados contra las Personas, la titular del Juzgado de Garantías de Séptima Nominación ordenó la prisión preventiva del imputado del hecho, el que fue calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda en concurso real con coacción y amenazas (resolución del 9 de diciembre de 2013). La referida resolución que ordena la prisión preventiva del imputado fue dictada en los términos del art. 386 y cc. del C.P.P., por lo tanto el juez natural de la causa en virtud de los elementos de convicción suficientes, legítimamente incorporados al proceso, consideró mediante auto fundado como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado y que de esa situación surge la eventual aplicación en firme de una pena privativa de libertad. Para así decidir tuvo en cuenta las pautas legales que determina la ley procesal, no solo aquellas que versan sobre el monto de la pena, sino también -entre otras- respecto de la naturaleza del hecho, la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal, la entidad del agravio inferido a la víctima y el aprovechamiento de su indefensión (art. 387 CPP). _

_____ Asimismo, los informes médicos producidos en esa causa evidenciaron el embarazo de la niña. Frente a tal situación, la menor ingresó al Hospital Público Materno Infantil exhibiendo una gestación de 5,5 semanas al 12/11/13 (Historia Clínica N° 456357), con su expresa manifestación de voluntad de interrumpir el embarazo, respaldada por su madre en ejercicio de la patria potestad. _____

_____ En tal estado de cosas, la Asesora de Incapaces N° 2, en representación de la persona por nacer promovió la presente demanda de amparo a fin de impedir, como ya se relatara, la práctica del

aborto no punible, obteniendo de modo liminar -el 22/11/2013- la medida cautelar de fs. 30 y vta. tendiente a prohibir cualquier práctica que interrumpa la gestación natural del niño por nacer. Esta medida, inexplicablemente, no fue apelada por quienes tenían evidente interés procesal para hacerlo (el Asesor de incapaces de la niña, la defensora de la madre de ésta y la Fiscal de Primera Instancia). _____

_____ A fs. 34 y vta. tomó intervención el Asesor de Incapaces N° 4 por C.M.E., en los términos de la Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto No Punible. También consta la asistencia profesional que recibieron la menor y su madre por parte de la psicóloga María Alejandra Borla y la Asistente Social Gretel Méndez de Vaso sobre la existencia de otras alternativas a seguir frente al embarazo fruto de la violación padecida. _____

_____ Además, se agregaron a las presentes actuaciones los informes de fs. 58/59 vta. y fs. 60/61, producidos por la psicóloga y la profesional médica del Servicio Médico Forense del Poder Judicial respectivamente, de donde surge el rechazo de la niña al embarazo y eventual crianza del hijo, su voluntad de continuar la escolaridad una vez superado el hecho traumático, el temor a la estigmatización social y agudos factores de vulnerabilidad económica. En cuanto a su examen físico, las profesionales comprobaron un estado de desnutrición de la menor y su inserción en el grupo de alto riesgo obstétrico y perinatal. _____

_____ 3°) Que la situación descripta permite adelantar sin vacilación alguna la naturaleza puramente dogmática del fallo apelado, comprobación que define su arbitrariedad en cuanto se trata de una decisión judicial que no deriva razonadamente del derecho vigente

aplicable según las circunstancias comprobadas del caso (CSJN, Fallos, 261:209; 274:60; 291:202; 295:535, entre muchos otros). _____

_____ Es que los fallos no sólo deben poseer fundamentos, sino que estos mismos deben ser fundados (CSJN, in re: "Cerámica San Lorenzo", Fallos, 307:1094). _____

_____ La Corte Federal en dicha sentencia aclaró: "el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas". Aquel requisito "sólo se cumple si la articulación del 'dictum' remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse". Principio que es de rigurosa aplicación cuando, como en el caso, la afirmación que efectúa el sentenciante contradice abiertamente el fallo de esta Corte y respecto del cual, de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (doctr. de Fallos, Tomo 212, págs. 51 y 251 y t. 304, págs. 898 y 1459 -Rev. La Ley, Tomo 54, pág. 307; Rep. La Ley, Tomo X, pág. 99, sum. 4; Rev. La Ley, Tomo 1983-B, pág. 1; Tomo 1983-B, pág. 146-)". _____

_____ 4º) Que en efecto, la fuerza vinculante que se desprende del reiteradamente citado caso "F., A.L. s/medida autosatisfactiva"

(CSJN, 13/03/2012), no pudo ser desconocida por el juez del amparo de manera vacua, cuando, precisamente, el objeto de la declaración de inconstitucionalidad perseguido en la demanda era la denominada “Guía de Procedimiento para la Asistencia Integral de toda Víctima de Violencia Sexual y la Concreta Atención de los Abortos No Punibles”, dictada para dar satisfacción a la exhortación efectuada por el Alto Tribunal Federal en ese fallo (ver considerandos del Decreto n° 1170/12). _____

_____ Allí, vale la pena puntualizar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma unánime estableció: 1) la realización del aborto no punible previsto por el art. 86 inc. 2 del Código Penal no está supeditado al cumplimiento de ningún trámite judicial; 2) la imposibilidad de limitar la autorización de la interrupción del embarazo solamente a las mujeres incapaces mentales, puesto que esto implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima del mismo delito que se encuentre en idéntica situación; 3) concluyó que el art. 86 inc. 2 del Código Penal establece dos supuestos distintos de no punibilidad del aborto en los supuestos de embarazos producto de una “violación”: a) el de cualquier mujer o b) el de cualquier mujer idiota o demente; 4) Sostuvo que la incorrecta judicialización de estos supuestos de abortos no punibles que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, innecesaria e ilegal, obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada; en tanto que la demora que apareja su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho a acceder a la interrupción del embarazo en condiciones seguras; 5) estableció que toda mujer que se encuentre en las condiciones descriptas por la norma penal no puede ni debe ser obligada a solici-

tar una autorización judicial para interrumpir su embarazo; 6) los profesionales de la salud están imposibilitados de eludir sus responsabilidades una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma penal; 7) si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la mujer embarazada que solicita la práctica junto con el profesional de la salud quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico; 8) no se admite ninguna clase de solicitud de consultas y obtención de dictámenes por cuanto conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo, que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita del aborto autorizado por el legislador penal; 9) descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos de interrupción del embarazo con motivo de una violación, la insistencia de los médicos intervinientes en desarrollar conductas o prácticas obstructivas es considerada una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar; 10) exhortó 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; como que también exhortó a los poderes judiciales a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles legalmente. _____

_____ Bajo tales presupuestos, diseñados por la Corte Federal bajo el fundamento central de que la interpretación del art. 86 del Código Penal contaba con sólidos y objetivos argumentos constitucionales y convencionales, la sentencia aquí apelada se apartó de sus términos sin cuestionar aquellos criterios fijados por ese fallo en las mismas cuestiones a decidir aquí. _____

_____ 5°) Que descalificado el pronunciamiento apelado frente al ostensible e irrazonable apartamiento del precedente jurisprudencial expresamente aplicable al caso, suma el juez otra causal de arbitrariedad al haber omitido toda referencia al caso "Cari, Irene - Presidenta Del Foro De Mujeres Por La Igualdad De Oportunidades; Defensoría Oficial Civil N° 4 Dra. Natalia Buira - Acción De Inconstitucionalidad" de este Tribunal (Tomo 177:803), donde se declaró la constitucionalidad del Decreto n° 1170/2012 (B.O., 26/03/2012 - ADLA 2012-B, pág. 2221), dictado por el Poder Ejecutivo Provincial en razón de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la tantas veces citada causa "F., A. L. s/medida autosatisfactiva". En los distintos votos concordantes que integran aquella sentencia, esta Corte comenzó diciendo 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 Pacto Internacional de Derechos 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" ... "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". _____

_____ Afirmó el Tribunal también la constitucionalidad del Decreto n° 1170/2012 destacando 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...". "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. 8º)". (Del voto de los Dres. Posadas y Vittar). _____

_____ Destacó también esta Corte que "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. 2º del C.P.)". Que en ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el sentido y alcance del art. 86 inc. 2º del C.P. en el fallo "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", dictado el 13/03/12 (La Ley 2012-B) y, al menos ju-

risprudencialmente, superó los debates que el tema originaba, sin perjuicio de que ello debería ser ratificado legalmente. Tal interpretación judicial, 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. 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 bienpreciado 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. _____

_____ "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), consti-

tuye 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)". (Del voto de los Dres. Catalano y Ferraris). ____

____ Finalmente, valoró este Tribunal con cita de Fontán Balestra y Ledesma 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)"..."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". _____

_____ "La guía orientativa (aprobada por el Decreto N° 1170/12) 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 operati-

vos, 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...’.” (Del voto del Dr. Cornejo). _____

_____ 6º) Que de tal suerte y a más de lo ya considerado el juez del amparo ha ignorado las atribuciones y competencias conferidas por la Carta Magna Provincial a esta Corte como intérprete final de las Constituciones de la Nación y de la Provincia (arts. 153 de la Constitución de Salta). Atribución que ha sido doblemente vulnerada, toda vez que al entablarse una acción popular de inconstitucionalidad en los términos del art. 92 de la Constitución Provincial sobre el mentado Decreto N° 1170/12, la sentencia oportunamente dictada por esta Corte lo ha declarado plenamente constitucional , y por lo tanto, en lo que nos interesa, implica que integra, con esa gran característica, el ordenamiento público local , aspectos que no podían ser objeto de desconocimiento por el juez del amparo. En ese sentido cobra vigencia el art. 40 de la ley Orgánica del Poder Judicial. Máxime cuando tal precedente fue citado por la propia amparista al interponer la demanda, por la Defensora Oficial Civil N° 9 entonces representante de la madre de la menor, por el Asesor General de Incapaces N° 4 en representación promiscua de la niña C.M.E. y por el Ministerio Público Fiscal. _ _____

_____ Es que el citado artículo 40 establece la obligatoriedad, para todos los tribunales, de la interpretación que esta Corte haga de los textos fundamentales. Además como lo ha señalado el Tribunal, siguiendo los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien sus pronunciamientos se emiten

para la resolución de casos concretos, producen un deber, en tribunales inferiores, de conformar sus decisiones a aquéllos, lo que no constituye el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste (doctrina de Fallos, 25:368; 307:1094; 312:2007, entre otros; esta Corte, Tomo 75:203; 111:123). _____

_____ 7º) Que en definitiva, no cabe más que revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo promovida lo que conlleva también la revocación de la medida cautelar dictada el 22/11/2013.

_____ Finalmente, no puede dejar de señalarse aquí que el apartamiento de los mandatos constitucionales y legales emergentes de los fallos dictados en que ha incurrido el juez del amparo Dr. Víctor Raúl Soria conduce a la necesidad de examinar su desempeño funcional, a cuyo fin corresponde remitir los antecedentes al Sr. Procurador General de la Provincia. _____

_____ La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli**, dijo: _____

_____ 1º) Que de acuerdo con lo que surge de las constancias de autos, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2 impidió que una niña de trece años pudiera acceder a la práctica de un aborto no penalizado por nuestra legislación. En efecto, surge de estas constancias que una niña ingresa al Hospital Público Materno Infantil tras una feroz golpiza que le propinara la pareja conviviente de su madre, y padre de sus hermanitos, tras ser descubierto por la mujer mientras abusaba a su hija en el baño de la casa que compartían. Por el abuso sexual con acceso carnal, la pareja conviviente de la madre de la niña, fue denunciado penalmente por ésta y se encuentra detenido por disposición del Juez de Garantías N° 7, a petición de la Fiscalía de la Unidad de Graves Atentados contra las personas, donde quedara radicada la

denuncia penal. Al efectuársele los análisis correspondientes se comprobó que la niña se encontraba embarazada, fruto de los abusos sexuales con acceso carnal a los que fue sometida durante dos años por su “padraastro”, quien debía velar por su integridad física, psíquica y moral. A pesar de los informes médicos y psicológicos, que dan cuenta del grave estado de salud de la nena, producto de la violencia sufrida, y del tormento que le provoca el embarazo fruto de la violencia sexual traumatizante vivida, tras ser judicializado el caso, mientras permanecía hospitalizada desde algo más de un mes, se le denegó su petición de abortar, conforme lo prevé la norma del art. 86 inciso 2° del C.P. _____

_____2°) Que al resolver de ese modo, el juez se ha apartado de manera manifiestamente arbitraria de la vigente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como de los estándares que se vienen trazando en el Sistema Interamericano e Internacional de Derechos Humanos en relación con el acceso al aborto no punible, en los términos en que el mismo se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento legal (art. 86, inc. 2°, Código Penal). ____

_____3°) Que el 13 de marzo de 2012, en su rol de intérprete final de la Constitución Nacional (art. 116, CN), la Corte Suprema decidió cerrar la vieja discusión hermenéutica en torno al alcance que cabe asignarle al inc. 2° del art. 86 del Código Penal. Al justificar su jurisdicción porque la cuestión había devenido abstracta, la Máxima Intérprete Constitucional sostuvo que “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha

encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (cfr. Fallos: 310:819, considerandos 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos 'Roe v. Wade' (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo o su eventual interrupción, jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro." (considerando 5°, "F., A. L. S/ medida autosatisfactiva", sentencia de 13/3/12, Fallos 335:197).

De la cita precedente, interesa destacar que el objetivo que se propuso la Corte al dictar sentencia en un caso que había devenido abstracto en tanto la interrupción del embarazo ya se había realizado, fue -precisamente- evitar futuras judicializaciones de abortos que al no encontrarse penalizados por nuestra legislación, no requieren ningún tipo de autorización para llevarse a cabo. Entre otros fundamentos, en virtud del principio de reserva constitucional consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional que protege nada más y nada menos que la intimidad de las personas impidiendo expresamente en consecuencia, que nadie pueda resultar obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella

no prohíbe. Al respecto, la Corte fue clara y contundente al señalar que en los términos del inc. 2° del art. 86 del Código Penal, el acceso a la práctica del aborto en caso de violación –como el de autos– no está supeditado al cumplimiento de ningún trámite judicial. _____

_____ Entre los vastos argumentos en que la Corte funda la sentencia cuyos términos desconoce la decisión recurrida, cabe mencionar los siguientes. _____

_____ Ni de las previsiones establecidas en el art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar de modo restrictivo el alcance del inc. 2° del art. 86 del Código Penal. Tales normas “fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, ‘Baby Boy’, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).” En el criterio de la Corte, tampoco surge tal hermenéutica del reconocimiento de la personalidad jurídica del art. 3 de la Convención Americana. Por lo que, según concluye la Máxima Instancia Judicial de nuestro país, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida (considerando 10° de la sentencia en análisis). _____

_____ El art. 2 de la Ley N° 23849 en cuanto estipula que el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Dere-

chos del Niño rige en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. "Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1 ° se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, año 1999, Volumen 11, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 -1.2; 1.3-)." (cfr. considerando 13° de la sentencia que aquí se analiza). _ _____

_____ A la luz de los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional, no resulta razonable y por el contrario resulta discriminatorio adoptar una interpretación restrictiva del inc. 2° del art. 86 del Código Penal. Reducir por vía interpretativa la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una mujer incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación. Por tanto, concluye la Corte, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, tal hermenéutica no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas). Además, en su apoyo, recuerda que tal conclusión se deriva de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fernández Ortiga vs. México", sentencia de 30/08/2010, apartados 124 y 194, en el que al definir el alcance del deber estatal de brindar protección a la víctima de esta clase de delitos contra la integridad sexual, afirma que el mismo incluye la obligación de garantizar atención médica integral, tanto de

emergencia como de forma continuada. (Considerando 15°, sentencia recaída en el "F.A.L. s/medida autosatisfactiva"). _____

_____ A su vez, la Corte señala que circunscribir el acceso al aborto no punible sólo a la mujer incapaz mental víctima de una violación, resulta igualmente arbitrario e irrazonable en tanto afecta el principio de inviolabilidad de las personas porque al pretender obligar a la mujer capaz violada a que lleve a término el embarazo fruto de un delito sexual, le impone de manera desproporcionada realizar en beneficio de otras personas o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (con cita de Carlos Santiago Nino, considerando 16° de la sentencia analizada). _ _____

_____ "Los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a 'priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico y ... a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal' (Fallos, 331:858, considerando 6°, y 329:2265)." (Considerando 17°). _____

_____ 4°) Que muy recientemente, el pasado 21 de mayo de 2013, en autos caratulados "Frente Cívico y Federal U.C.R. - CONFE en JO 607 'Naman, María Alejandra s/formula reserva s/cas'", la máxima intérprete de la Constitución Nacional recordó el deber de los tribunales inferiores de acatar las decisiones del Tribunal y que su in-

cumplimiento implica desconocer la superior autoridad de la que está institucionalmente investida la Corte Suprema (con cita en Fallos: 212:51, considerando 7° de la sentencia de 21/5/13, recaída en el Expte. Letra F, Nro. 563, Año 2011, Tomo 47, Tipo REX). _____

_____ Más concretamente, en relación con el mandato hermenéutico emergente de "F.A.L.", en defensa de la autoridad institucional de sus fallos, la Corte fue muy severa y contundente con la magistratura renuente a darle el sentido por ella asignado al inc. 2° del art. 86 del Código Penal, ordenando a la autoridad administrativa a ejecutar la interrupción del embarazo no penalizada en los términos de ese precepto, con prescindencia de la cautelar de no innovar dispuesta por una jueza nacional con competencia en lo civil (cf. Fallos 335:2023). Más aún, casi un año después, al declarar la nulidad de lo actuado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 106, entonces a cargo de la Dra. Myrian C. Rustam de Estrada, en la causa "Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia s/medidas precautorias", a efectos de "desmantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas", la Máxima Instancia Judicial de Argentina entendió, en coincidencia con lo expresado en el dictamen del Ministerio Público, que resultaba necesario examinar la conducta de la asociación peticionaria y del letrado que patrocinó la demanda que dio lugar al pronunciamiento que anuló, "por lo que el juez al que, en definitiva, le fue asignado el conocimiento de la causa por parte del tribunal de superintendencia del fuero nacional en lo civil (fs. 75), antes de proceder al archivo de la causa deberá juzgar -como lo reconocen los arts. 35, inc. 3°, y 45, 2° párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- si concurren los presupuestos para aplicar las sanciones legalmente

previstas.” Asimismo, la Corte dispuso que “corresponde, como lo propone la señora Procuradora Fiscal y por las razones que expresa, proceder de igual modo al que lo ha hecho el Tribunal en fecha reciente ante un caso sustancialmente análogo (causa Competencia N° 526. XLVIII ‘B., E. A. y otros s/medida autosatisfactiva’, resolución del 11 de septiembre de 2012) y, en consecuencia, dar intervención al Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos del art. 114 de la Constitución Nacional, respecto del desempeño de la señora jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 106, doctora Myriam C. Rustam de Estrada.” (Considerandos 5° y 6°, sentencia de 17/09/13, recaída en autos caratulados “Pro Familia Asociación civil el GCBA y otros s/impugnación actos administrativos”, Expte. N° Letra C, Nro. 783, 2012, Tomo 48, Tipo COM).

_____5°) Que el alcance con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado el inc. 2° del art. 86 del Código Penal en “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, es el que han instado a dar diferentes órganos internacionales y regionales de protección a los derechos humanos, los cuales -por lo demás- han sido expresamente citados por el Tribunal Címero. _____

_____ Tal el caso del Comité de Derechos del Niño, del Comité de Derechos Humanos y del Comité de la CEDAW, encargados de velar, respectivamente, por el efectivo cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer. _____

_____ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú,

15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010). A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal y, a fin de subsanar ese obstáculo, ha recomendado al Estado argentino que capacite a quienes operan desde los sistema de salud y de justicia sobre el alcance de ese precepto de la legislación penal (cf. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010). Una década antes, en el año 2000, el Comité recomendó a nuestro país a reexaminar las normas y las prácticas para que en los casos en que se pueda recurrir legalmente al aborto, las mujeres puedan hacerlo libres de obstáculos (cf. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/CO/70/ARG del 03/11/2000).

Más aún, en el caso "L.M.R. c. Estado Argentino", Comunicación N° 1608/07, dictamen del 28/04/11, el Comité de Derechos Humanos encontró responsable a nuestro país por no haber actuado con la debida diligencia. Ello, pese a que la decisión de una jueza de La Plata que trabó la realización de un aborto no punible a una chica violada, de 19 años, y una edad mental de entre 8 y 10 años como consecuencia de una discapacidad mental, había sido revocado por la Corte de Justicia de Buenos Aires, dado que la niña aún con la innecesaria autorización judicial, pudo acceder a la práctica legal que requería en el circuito clandestino privado porque el Hospital San Martín de la Provincia de Buenos Aires se negó a cumplir con la manda judicial alegando que el embarazo estaba muy avanzado. En su

dictamen, el Comité afirmó que la falta de debida diligencia del Estado para garantizar un derecho legal a un procedimiento sólo requerido por las mujeres había resultado en una práctica discriminatoria en relación con L.M.R. A su vez, el Comité aseguró que la denegatoria importó un sufrimiento físico y moral contrario al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), tanto más grave cuanto que se trataba de una mujer joven con discapacidad. Al respecto recordó que en su Observación General N° 20 señaló que el derecho protegido en el mencionado art. 7 no sólo refiere al dolor físico sino también al sufrimiento moral. Asimismo, el Comité admitió que el Estado argentino violó el derecho a la privacidad de L.M.R. porque la negativa de la justicia primero y la del hospital luego constituyeron una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. Por otra parte, el Comité entendió que se afectó el derecho de la joven violada a disponer de un recurso judicial efectivo, lo que -en su criterio- configuró una violación al art. 2, párr.. 3, en relación con los arts. 3, 7 y 17 del PIDCyP. Por último, el Comité instó al Estado argentino a adoptar medidas a fin de evitar que situaciones similares a las sufridas por L.N.R. se reproduzcan en el futuro; mandato que se proyecta no sólo a la esfera de competencias del Poder Ejecutivo Nacional sino que involucra en idénticos términos al Poder Judicial, no sólo a nivel nacional sino también a las jurisdicciones provinciales. Sobre este último punto cabe recordar que en sede internacional, carece de aptitud la invocación de nuestro reparto de competencias en el marco del sistema federal, por cuanto el mismo no puede ser eficazmente invocado para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en relación con la protección a los derechos humanos (cfr. arts. 26 y 27, Convención de Viena sobre Derecho de los tratados).

_____ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño no sólo ha manifestado su preocupación por las interpretaciones restrictivas de los ordenamientos jurídicos internos que, como el Argentino, dejan fuera del alcance de la punición penal la práctica médica interrumpitiva del embarazo en ciertos supuestos, sino que además ha señalado que los Estados Partes -que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación- deben reformar sus normativa incorporando tal supuesto (Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add. 107). Concretamente, respecto de nuestro país, el Comité de los Derechos del Niño ha dejado sentada su preocupación sobre la divulgación de la interpretación restrictiva del inc. 2º del art. 86 del Código Penal, y ha recomendado al Estado argentino que vele porque se garanticen los abortos no punibles, especialmente de niñas violadas, a sola petición de ellas (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4). _____

_____ En el caso "L.C. vs. Perú" (Comunicación N° 22/2009), el Comité de la CEDAW condenó al Estado peruano por haber obstruido el acceso a un aborto seguro a una niña de 13 años violada. Como lo hiciera el Comité de Derechos Humanos en el caso "L.M.R. c/Argentina" en el mismo año, el Comité de la CEDAW entendió que esa negativa implica un acto de discriminación hacia la mujer, e importa la conculcación del derecho a no ser sometido a tormentos. Además, el Comité señaló que Perú no cumplió con su obligación de tomar medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales sexistas y lo instó a revisar su legislación, haciéndole expresa recomendación de despenalizar el aborto en caso de violación. Por

último, instó al Estado peruano a establecer mecanismos que permitan el acceso efectivo al aborto terapéutico (cfr. Dictamen aprobado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 50° período de sesiones, celebrada del 3 al 21 de octubre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009, 25/11/11). _____

_____ Un año antes, el mismo Comité, durante sus sesiones 926° y 927°, celebradas el 13 de julio de 2010, se expidió sobre la temática, en relación con nuestro país, con motivo de evaluar el sexto Informe presentado por Argentina en los términos del art. 18 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En esta oportunidad, instó a nuestro país a garantizar el acceso igualitario a los abortos no punibles en todo el territorio nacional, a través de la aplicación uniforme a nivel nacional de la "Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles", así como a revisar la normativa penal que criminaliza el aborto por las consecuencias que esa criminalización tiene en la salud y vida de las mujeres (cfr. Observaciones Finales del Comité de la CEDAW: Argentina, CEDAW/C/ARG//CO/6, del 16/08/10). _____

_____ 6°) Que la sentencia en crisis también desconoce que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica" (sentencia de 28/11/12), ha fijado un sentido distinto al que pretende asignarle al derecho a la vida. En el precedente mencionado, interpretó el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción". Con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, de la Corte Suprema de Irlanda y de la Corte Constitucional de Colombia, ha entendido que

la controversia acerca de cuándo empieza la vida humana es una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Precisamente, esa diversidad de concepciones validadas desde distintas perspectivas -científicas, filosóficas, morales, éticas o religiosas- impide, según la Corte Interamericana, "justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten". Con igual alcance, la Corte interpretó cláusulas similares de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto señaló que "la expresión 'ser humano', utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido"; que "los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas". A su vez, la Corte Interamericana recordó que ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, señaló la Corte, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro,

exponiéndola a morir. También destacó que el Comité de la CEDAW ha manifestado "su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud" y "ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW". Además, la Corte marcó que la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactado el CEDH tienden a corroborar la apreciación de que el artículo 2 no incluye al que está por nacer y que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería 'contrario al objeto y propósito de la Convención. La Corte Interamericana concluye su análisis afirmando que "de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana." Por el contrario, la Corte entiende que "la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención". Y agrega, clarificando, que la "cláusula 'en general' tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos." Tal conclusión hermenéutica, tiene como correlato esta otra conclusión a la que igualmente arri-

ba la Corte Interamericana: la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental según su desarrollo”._____

_____7º) Que al votar en varios expedientes relativos a la cuestión del acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, faz positiva del derecho a reproducirse, he recordado que resulta imprescindible tener presente que de conformidad con el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (cfr. “Giroldi”, sentencia del 07/04/95, Fallos, 318: 514). Jurisprudencia que fue incluso reforzada por el propio Alto Tribunal Federal, en la causa “Mesquida”, sentencia del 28/11/06, Fallos, 329:5382, donde dijo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José de Costa Rica. _____

_____A su vez, hice propia la posición doctrinaria que Germán Bidart Campos y Susana Albanese sentaran a pocos años de reformada la Constitución Nacional en el año 1994, respecto de los efectos vinculantes que tienen para la magistratura las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José, “pues si los Estados se reservaran el derecho a interpretar las Recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el

sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones (...) y perdería el sentido que ha de asignarle la buena fe en las relaciones internacionales si los informes de la Comisión, en vez de resultar obligatorios, quedaran librados a merced y discreción de las autoridades argentinas” (trabajo publicado bajo la autoría de ambos en JA, 1999-II-357, con el título “El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”). En tal sentido, como señalara Sagüés por aquellos tiempos re-fundacionales, debemos reconocer la fuerza jurígena que tienen las Opiniones Consultivas y, con mayor razón, los fallos de la Corte Interamericana, por provenir de un organismo típicamente jurisdiccional (Sagüés, Néstor, “Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, J.A. 1999-II-364) (cfr. mi voto, Tomo 179:419, 179:371, 179:443, 179:321, 179:293, 179:397, 179:349). _____

_____8º) Que en marzo de 2009, en cumplimiento de diversos mandatos del orden convencional, el Congreso de la Nación Argentina dictó la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley N° 26845. Dicha norma es de orden público y por tanto de aplicación en todo el territorio del país, salvo -como consecuencia del reparto competencial de nuestro sistema federal- en aquellas cuestiones relativas a los procedimientos. La referida ley, fue debidamente reglamentada un año después de su entrada en vigor, mediante decreto N° 1011/10. Por lo demás, la misma está siendo aplicada por diversos tribunales de distintas instancias y jurisdicciones como da cuenta el releva-

miento jurisprudencial que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Oficina de la Mujer. _____

_____ Como he señalado al votar en otros casos (esta Corte, Tomo 173:13, entre muchos otros), la definición que el art. 4 de la Ley N° 26.485 trae de la violencia de género es más amplia que la adoptada por el art. 1 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem do Pará, adoptada en el año 1994, incorporada a nuestra legislación por Ley 26485. En efecto, la conceptualiza como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”. Y consecuente con ese concepto ampliamente abarcativo, en los arts. 5 y 6 la Ley 26485 describe diferentes tipos y modalidades de violencia de género, entre los que se encuentran la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica, la violencia doméstica, laboral, institucional, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática. _____

_____ En relación con autos, es necesario precisar el contenido que cabe a la violencia sexual, así como a dos de las modalidades de la violencia de género previstas en la norma en cuestión, cuales son la violencia contra la libertad reproductiva y la violencia institucional. _____

_____ En los términos del art. 5, inc. 3, es violencia sexual “Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de ame-

nazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.” _____

_____ Para el art. 6, inc. d, es violencia contra la libertad reproductiva “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 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”. Al reglamentar este inciso, el Decreto N° 1011/10 tiene específicamente por configurada esta modalidad de la violencia de género a la negativa “a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva” de las mujeres. _____

_____ Finalmente, en lo que aquí interesa, el art. 6, inc. b, define la violencia institucional contra las mujeres como “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley (...)”. _____

_____ Asimismo, cabe recordar que entre sus objetivos, la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, en su art. 2 se propone promover y garantizar: el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (inc. b); la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (inc. e). _____

_____ Cuando el Decreto N° 1011/10 reglamenta el inc. e del art. 2 de la Ley N° 26.485, concretamente incluye dentro del concepto de “patrones socioculturales”, la consideración de las mujeres como objeto. Tal cosificación, que violenta la dignidad de las mujeres, se advierte cuando el sentenciante reduce a la niña gestante a un mero instrumento, en contradicción con el “humanismo” que dice asumir como premisa filosófica de su decisión. _____

_____ Por otra parte, entre los derechos reconocidos por el art. 3 de la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, se encuentran los derechos de las mujeres víctimas de violencia a vivir una vida sin violencias ni discriminaciones (inc. a); el derecho a la salud (inc. b), a la integridad física, psicológica y sexual (inc. c); a que se respete su dignidad (inc. d); a decidir sobre su vida reproductiva en los términos de la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (inc. e); a recibir un trato respetuoso, libre de toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización (inc. k). _____

_____ 9º) Que en el marco antes reseñado, la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2, no sólo queda huérfana de fundamentación jurídica sino que podría suponer una intromisión o injerencia judicial arbitraria en la vida privada de la menor, que de acuerdo con los estándares jurisprudenciales trazados en el Sistema Internacional de Protección a los Derechos Humanos en el marco de situaciones fácticas idénticas a la judicializada por la Asesora de Incapaces N° 2 en estos autos, podría ser calificada como trato cruel, inhumano o degradante, en los términos en que los mismos son definidos por la Convención con-

tra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (cfr. caso "L.M.R. c. Argentina", dictamen del Comité de DDHH de 28/04/11; caso "L.C. c. Perú", dictamen del Comité de la CEDAW de 27/10/11). _____

_____10) Que desde el año 1921 el Código Penal ha establecido como causal de no punibilidad del aborto el practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente; en este último caso, con el consentimiento de su representante legal. _____

_____Sin embargo, como lo han marcado los organismos internacionales mencionados en el considerando 4° de este voto, el acceso a la práctica del aborto en los supuestos en que la misma no se encuentra penalizada por nuestra legislación, sigue siendo una deuda con las mujeres víctimas de la violencia sexual e institucional. Pero es evidente, a decir por los fallos citados en el considerando 3° de este voto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido adoptar una estricta y coherente actitud de intolerancia frente a cualquier intento jurisdiccional que pueda poner en crisis la responsabilidad internacional del Estado que a la Argentina pueda caberle en la materia. _____

_____11) Que estos autos son una manifestación contundente del parámetro de impunidad que en términos sistemáticos rigió en torno a la violencia de género, tal como lo ha denunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del Documento N° 68/07 sobre "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas". _____

_____Estas actuaciones judiciales develan un entramado cultural que legitima y perpetúa la violencia de género en sus diversas for-

mas, más allá de los textos jurídicos y del sentido con que han sido interpretados por los órganos jurisdiccionales de la mayor jerarquía, tanto en el ámbito interno como en el correspondiente a los Sistemas Internacional y Regional de Protección a los Derechos Humanos. _____

_____ Evitar estas situaciones, como se dijo, era el objetivo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se proponía al dictar sentencia en "F.A.L.", aún cuando la niña de 14 años violada por su padrastro ya había accedido a la práctica segura de un aborto legal. Como demuestran estas actuaciones judiciales, tal fin ha sido abiertamente desoído por el "a-quo", quien ha pretendido erigirse en exégeta de la Corte. En esa tarea, el sentenciante ha desconocido también los precedentes citados en el considerando 3° de este voto, dictados en el marco de un conflicto de competencia trabado a raíz de una medida cautelar dispuesta por una magistrada de primera instancia de la Justicia Nacional en lo Civil con el propósito de evitar que una mujer mayor de edad violada accediera a un aborto no punible en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En esos precedentes, como se recordara, la Máxima Intérprete Constitucional, sobre la base del sentido dado a las normas constitucionales e infraconstitucionales en "F.A.L. s/medida autosatisfactiva", afirmó que tal proceder podría comprometer hondamente la administración de justicia. Y a los efectos de dar una concluyente dirección "del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles", ordenó "suspender la medida cautelar dictada por la justicia nacional en lo civil y, en consecuencia, hacer saber a las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires que ante el pedido de realizar el aborto no punible de que se trata, deberán proceder a la realización de la práctica prescindiendo de la resolución judicial que suspendió su realización” (considerandos 6º, 7º y 8º, sentencia de 11/10/12, dictada en autos caratulados “Pro Familia Asociación Civil el GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos”, Fallos 335:2023). Además, al anular lo actuado en esas actuaciones judiciales, dispuso que se determinaran las responsabilidades de la asociación demandante, de sus letrados, así como de la jueza nacional en lo civil interviniente (sentencia de 17/09/13, recaída en autos caratulados “Pro Familia Asociación civil el GCBA y otros s/ impugnación actos administrativos”, Expte. N° Letra C, Nro. 783, Año 2012, Tomo 48, Tipo COM). _____

_____12) Que conforme el análisis efectuado precedentemente, es necesario que me expida sobre la inconstitucionalidad del Decreto Provincial N° 1170/12 y las Resoluciones N° 215 del Ministerio de Derechos Humanos y 797/12 del Ministerio de Salud Pública, por diferentes razones a las manifestadas por el Juez en grado. _____

_____La norma constitucional que a nivel local contempla el amparo (art. 87, Constitución Provincial) habilita a la judicatura de forma expresa a declarar la inconstitucionalidad de la norma de oficio. _____

_____Al no haber podido expedirme sobre la constitucionalidad del Decreto N° 1170/12 y normativa dictada en consecuencia (resoluciones ministeriales conjuntas n° 215/12 y 797/12), en los autos caratulados “Cari, Irene- presidenta del Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades; Defensoría Oficial Civil N° 4º; Dra. Natalia Buira - Acción de Inconstitucionalidad” (Expte. N° CJS 35.475/12), y “Durand Casali, Francisco - Acción Popular de Inconstitucionalidad”

dad” (Expte. N° CJS 35.705/ 12), por motivos ajenos a mi voluntad, ésta es la oportunidad adecuada para dejar sentada mi postura, más allá que esta Corte, por mayoría, se haya pronunciado por su constitucionalidad. _____

_____ 13) Que en virtud de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, el 22/03/12, se dictó el Decreto Provincial N° 1170/12 que instruyó a los Ministros de Salud Pública y Derechos Humanos para que, en conjunto y según los lineamientos sentados en los considerandos del decreto, elaborasen las guías de procedimiento 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 la práctica del aborto no punible 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 (art. 1). _____

_____ Casi dos meses después, el 16/05/12, se publicó en el Boletín Oficial la Resolución del Ministerio de Derechos Humanos N° 215/12, y unos días más tarde, el 22/05/12, la Resolución del Ministerio de Salud Pública N° 797/12, de idéntico contenido y tenor que la primera, ambas firmadas por los ministros a cargo de esas carteras ministeriales. En cumplimiento de lo ordenado por el art. 1 del Decreto N° 1170/12, la resolución conjunta, aprueba la “Guía de Procedimiento para la Asistencia Integral de toda Víctima de Violencia Sexual y la Concreta Atención de los Abortos No Punibles”. Entre sus objetivos, se propone garantizar a la víctima de violencia sexual la “realización de las intervenciones médicas necesarias para la interrupción del embarazo, en los términos del Art. 86 Inc. 2” y estandarizar los procedimientos clínicos y quirúrgicos para la

realización de Abortos No Punibles dentro del sistema de salud (cf. art. 2, incs. b y d, respectivamente). Por otra parte, establece que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley debe guiarse por los principios rectores de confidencialidad, celeridad, gratuidad y adecuada atención sanitaria (art. 3). _____

_____ Consecuente con lo estipulado en el art. 1 del Decreto N° 1170/12, la Resolución N° 215/12 establece un procedimiento dirigido a tener por fehaciente la declaración jurada del abuso sexual sufrido, que procede cuando no se haya efectuado denuncia policial previa del delito contra la integridad sexual que originó el embarazo. En este último supuesto, se debe dar intervención inmediata al organismo de asistencia a la víctima del Ministerio Público, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 62 de la Ley N° 7328 (art. 5, Res. 215/12). _____

_____ A partir del art. 6 de la Resolución N° 215/12, se fijan las reglas para tener por acreditada la declaración jurada sustitutiva de la denuncia policial. No se exigen formalidades específicas para la declaración jurada, no obstante ello, la misma debe ser efectuada con la asistencia del defensor oficial, organismo de asistencia a las víctimas del Ministerio Público, o asesor de menores e incapaces, según corresponda. _____

_____ En todos los casos, las niñas y adolescentes tienen derecho a participar del proceso deliberativo y de la toma de decisión, en función de su edad, capacidad de discernimiento y madurez; debiendo su opinión ser tomada en cuenta siempre, conforme lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño -art. 12- y la Ley N° 26061 -art. 3º-. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e inter-

eses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros, de conformidad con lo prescripto por el art. 3 de la Ley N° 26061. _____

_____El proceso regulado en la Resolución en análisis, prevé la participación de diferentes organismos públicos, fuera de la instancia del sistema de salud pública. A efectos de tomar la declaración jurada, el Ministerio Público; a fin de brindar asistencia e información, así como para facilitar la necesaria intervención del Ministerio Público en los casos en los que se opta por la declaración jurada del art. 6 de la Res. N° 215/12, interviene con carácter previo la Secretaría de Derechos Humanos. _____

_____Por otra parte, el art. 8 restringe a 12 semanas de gestación el acceso a la interrupción del embarazo, más allá de lo preceptuado en la norma de fondo que dice reglamentar en sus considerandos. Además, este precepto limita el tiempo que tienen los diferentes organismos intervinientes con el objeto de obtener el consentimiento informado y la declaración jurada. Pero este plazo, que se fija en 10 días, empieza a correr desde que se ha presentado la denuncia policial o, en su caso, la declaración jurada. De modo que, el mismo no condiciona los tiempos con que cuentan los organismos que deberán intervenir en los supuestos en que la víctima de violación no haya formulado denuncia policial, cuestión frecuente, a decir por las altas cifras ocultas que registra esta clase de ilícito penal, entre otras cuestiones, por la desconfianza que el sistema de administración de justicia genera en la víctima, como consecuencia del patrón de impunidad que esos delitos tienen, así como por las diferentes formas de revictimización que a nivel institucional padecen las víctimas de violación (cfr. Documento 68/2007, sobre "Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Inter-

americana de Derechos Humanos). Por tanto, el protocolo no previene contra las dilaciones en que pudieran incurrir los distintos organismos provinciales cuya intervención necesaria exige la guía procedimental, antes bien, genera condiciones que las propicia, al “burocratizar”, en términos weberianos, que la Suprema Corte toma en “F.A.L. para calificar este tipo de artilugios impositivos del acceso a un derecho, una decisión que le pertenece exclusivamente a la mujer violada, por encontrarse amparada por los principios de intimidad y autonomía, al no estar penalizada la práctica del aborto en los casos de violación (art. 86, inc. 2º, Código Penal). ____

____14) Que en el antecedente jurisprudencial ya citado en este voto -“F.A.L.”- la Máxima Instancia Judicial de nuestro país, ha calificado de dilatorios de la interrupción legal del embarazo los diferentes tipos de prácticas institucionales “contra legem”, como los requerimientos de autorización judicial, o de intervención de más de un/a profesional de la salud, o de comités de bioética, o cualquier otro requisito que se traduzca en la exigencia de recorrer procesos burocráticos obstructivos. Y, en ese sentido, la Corte dijo que esos requisitos no previstos en el Código Penal pueden configurar supuestos de violencia institucional, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26485. _____

____Cuando el decreto 1170/12 y la guía interministerial dictada en su consecuencia exigen la intervención del Ministerio Público (Pupilar o de la Defensa), y de la de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, claramente se levantan aquel tipo de prácticas dilatorias, que ponen seriamente en riesgo el derecho a la salud de la mujer y el acceso al aborto en condiciones de seguridad, sobre todo porque paralelamente el art. 8 de las Resoluciones Ministeriales N° 215/12 y 797/12 fija un plazo (no previsto en

la legislación de fondo) de 12 doce semanas de gestación a efectos de poder acceder a la práctica interruptiva del embarazo en caso de violación. Por otra parte, tales intervenciones, obligan a la víctima del delito de violación a ventilar públicamente su vida privada, en contravención con lo dispuesto por el art. 3, inc. k, del Decreto N° 1011/10, reglamentario de la Ley N° 26.485, que expresamente define como revictimizante “el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas”. A más de invadir el ámbito de reserva o principio de intimidad, y su correlato, el principio de autonomía, asegurados a toda persona por el art. 19 de la Constitución Nacional y, a través del art. 75, inc. 22, por el art. V de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, por el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica y por el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. _____

_____ En apoyo de lo dicho, cabe traer a colación lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, en torno a que exigir que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de recurrir a los servicios médicos, retrasen el acceso a los cuidados necesarios y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (cfr. “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003).” _____

_____15) Que la obligada intervención de la Secretaría de Derechos Humanos y del Ministerio Público (que el art. 86 inc. 2° del Código Penal no prevé y que quiere evitar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -de obligatorio cumplimiento- cuando exhorta a las jurisdicciones provinciales a dictar protocolos a través de normas del más alto rango) se trata no sólo de una barrera disuasoria o dilatoria de la decisión de la mujer, sino principalmente de una valla que lleva a judicializar estos casos, como lo evidencia el presente, con la consiguiente revictimización de la víctima de un hecho aberrante como lo es el abuso sexual con acceso carnal. Además, al colocar a la víctima en la disyuntiva de tener que elegir entre denunciar penalmente el delito sufrido o atravesar el engorroso trámite “extrajudicial” tendiente a manifestar de forma “verosímil” la declaración jurada, se afecta el principio que rige respecto de los delitos contra la integridad sexual, en virtud del cual los mismos son de instancia privada._____

_____El protocolo o guía provincial, crea una serie de requisitos que no resultan razonables en los términos en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado el alcance del art. 86, inc. 2°, del Código Penal. Tampoco aparece respetuoso de los estándares que sobre la problemática se han delineado en el orden internacional y regional, ya desarrollados en este voto. Y ello porque, se obliga a la víctima a denunciar penalmente el delito de violación sufrido o, en su defecto, se la revictimiza al compelerla a tener que ventilar su calvario ante distintas instancias dentro del Ejecutivo y del Ministerio Público, a más de hacerlo ante el ámbito hospitalario, espacio institucional “natural” para resolver una cuestión atinente a la salud de la persona, en este caso, de la mujer que como consecuencia de una violación ha quedado embarazada.____

_____ Por otra parte, el Decreto 1170/12 y las resoluciones ministeriales dictadas en consecuencia N° 215/12 del Ministerio de Derechos Humanos y N° 797/12 del Ministerio de Salud Pública, se exceden al reglamentar el ejercicio del derecho a abortar en los términos del art. 86, inc. 2°, del Código Penal, cuando la guía de procedimiento que crean limita a 12 semanas de gestación la posibilidad de acceder a la interrupción voluntaria del embarazo fruto de una violación, siendo que tal límite no está contemplado por la normativa de fondo, de exclusiva competencia del legislador federal. _____

_____ Así, el protocolo provincial levanta barreras constitutivas de situaciones de violencia de género institucional por cuanto atenta contra la libertad reproductiva de la mujer víctima de la peor forma de violencia sexual, en los términos de los arts. 5 y 6 de la Ley N° 26.485 y su decreto reglamentario, ya citados y analizados en este voto. A su vez, la "Guía de procedimiento para la Asistencia Integral de Toda Víctima de Violencia Sexual y la Concreta Atención de los Abortos no Punibles", priva a la Argentina de hacerla honrar los compromisos internacionalmente asumidos y la acerca a la posibilidad cierta de incurrir en responsabilidad internacional, pues estipula una serie de requisitos que se apartan del marco procedimental que el Ministerio de Salud de la Nación ha fijado a través de la "Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles", cuya aplicación uniforme en todo el territorio nacional ha requerido el Comité para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (cfr. punto 38, Observaciones Finales del Comité de la CEDAW: Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/6, del 16/8/2010). _____

_____ Con el fin de evitar esa responsabilidad, en "F.A.L. s. medida autosatisfactiva", la Corte Suprema ha indicado que debe garantizarse que la mujer acceda libremente a la decisión que tome respecto a la continuidad o interrupción de un embarazo producto de una violación en los términos con que ha interpretado el alcance que cabe asignarle al art. 86, inc. 2º, del Código Penal. Pues, tal decisión al no hallarse alcanzada por el poder punitivo, por las circunstancias que rodean ese embarazo, entra dentro de la esfera de intimidad y autonomía constitucionalmente resguardadas y, por tanto, se haya exenta de la interferencia de terceros. El Estado no puede bajo el pretexto de evitar "casos fabricados" (objetivo expresamente declarado en los considerandos del Decreto Provincial N° 1170/12), crear barrera alguna que termine por desvirtuar o impida la concreción en tiempo oportuno de la decisión que la mujer víctima de violación ha tomado, tal como lo ha establecido la Máxima Intérprete Constitucional en "F.A.L.". Pues, de la jurisprudencia que allí sienta, surge que, por el contrario, lo que debe perseguirse es el pleno acceso a información adecuada, el respeto de la autonomía personal de la mujer violada y las condiciones institucionales que permitan que el acceso al servicio se cumpla de manera segura y efectiva, propósito que no es posible lograr bajo la vigencia del protocolo provincial, como -por otra parte- claramente testimonia el dramático peregrinar al que se ha visto sometida la niña C.M.E. _____

_____ La exhortación que el Tribunal Címero hiciera a cada una de las jurisdicciones provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de remover las barreras fácticas o administrativas en el acceso de las mujeres y niñas al aborto no punible en los casos previsto en el inc. 2º del art. 86 del Código Penal, no puede

servir de excusa para -por el contrario- crear, fortalecer, cristalizar o institucionalizar los obstáculos existentes al tiempo del dictado del respectivo protocolo de actuación hospitalario. _____

_____ Por otra parte, aunque la guía local incluya entre los principios consagrados por el art. 3, el de confidencialidad, el procedimiento que regula a partir del art. 6 hecha por tierra tan inclusión, pues obliga a la mujer que desea interrumpir un embarazo en los términos del art. 86, inc. 2, del Código Penal a ventilar su drama fuera del circuito médico, tanto en la Secretaría de Derechos Humanos como ante el Ministerio Público Pupilar o de la Defensa, según sea el caso, en función de la edad de la mujer requirente. Esta revictimización a la que se la somete a la víctima de violencia sexual, recrea una nueva situación de violencia, ahora devenida en violencia de género institucional, como ya he señalado en este voto. _____

_____ Dado que el art. 7 de la Convención de Belém do Pará obliga al Poder Judicial en tanto poder del Estado a adoptar medidas eficaces para prevenir y erradicar la violencia hacia las mujeres, considero que el Decreto N° 1170/12 y las resoluciones ministeriales que son su consecuencia, deben ser declarados inconstitucionales en tanto imponen requisitos que dilatan u obstruyen una decisión del ámbito de reserva de la mujer que ha sido violada (obligación de denunciar el delito o, en su defecto, obligación de transitar el procedimiento de obtención de la declaración jurada, que incluye la intervención de múltiples organismos provinciales: Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio Público, a más de la instancia hospitalaria). La "burocratización" de un procedimiento exclusivamente hospitalario, tal lo ha definido la Corte en "F.A.L.", sumado al hecho de estipular en 12 semanas el límite para acceder a

la práctica abortiva no penalizada, hace incompatible la guía provincial con el art. 86, inc. 2º, del Código Penal, lo que constituye una clara afectación de la jerarquía constitucional (art. 31, CN), que se ve potenciada con la vulneración de las normas internacionales que fueron citadas en párrafos precedentes, a las que nuestro país debe dar estricto cumplimiento por ser signatario y por el valor que a ellas les otorga el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. _____

_____16) Que como lo ha dicho claramente la Suprema Intérprete de nuestra Constitución Nacional, no puede ser constitucionalmente validada ninguna clase de procedimiento que implique ampliar la esfera de intervención del profesional de la salud y la paciente que evalúa o decide interrumpir un embarazo de conformidad con el margen de decisión que le reconoce la legislación de fondo argentina. Una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador le ha querido conferir a la mujer encinta a causa de una violación. Las "prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que lleva insita la potencialidad de una prohibición implícita -y por tanto contra legem- del aborto autorizado por el legislador penal." Asimismo, "esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violación, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la Ley 26485" (cfr. considerando 24, voto del caso "F.A.L."). _____

_____ Por otra parte, afirma la Corte en el voto mayoritario (el Dr. Petracchi y la Dra. Argibay votan por sus fundamentos), “el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.” (cf. considerando 26). _____

_____ 17) Que probablemente, el desatino constitucional en que incurre el poder administrador provincial se explique por el objetivo que se declara en el propio Decreto N° 1170/12 cuya inconstitucional propicio. Esto es, la norma local de grado inferior a la legislación de fondo (art. 31, CN) admite expresamente que los Ministerios de Salud Pública y de Derechos Humanos de la Provincia deberán elaborar guías de procedimiento necesarias para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y la concreta atención de los abortos no punibles en los hospitales públicos a efectos de “autorizar” la práctica del aborto en caso de violación, sea a través de la denuncia penal, sea mediante la declaración jurada, cuyo intrincado mecanismo de obtención es posteriormente regulado en las resoluciones ministeriales cuya constitucionalidad cuestiono en este voto, por las razones que he expuesto. Es decir, el proto-

colo provincial lejos está de ceñirse al mandato de la Corte Suprema de la Nación, que persigue facilitar el ejercicio efectivo de un derechos por casi un siglo negado a las mujeres -adultas, adolescentes o niñas, tengan o no una discapacidad mental- más allá de la letra del Código Penal. Pese a lo que se sostiene en el considerando del decreto en cuestión, en el sentido de seguir la exhortación de la Máxima Interprete Constitucional de Argentina, la provincia entiende que en ejercicio de sus competencias locales debe "autorizar" los abortos no punibles y, a tal fin, diseña un procedimiento que excede lo estrictamente sanitario, incurriendo así en un exceso de competencia, de acuerdo al esquema federal que rige en nuestro país (art. 75, inc. 12, CN). Pues, en virtud de tal mecanismo, no sólo no se eliminan los requisitos que no están médicamente indicados, como en consonancia con los organismos internacionales de protección a los derechos humanos la Corte le ha exigido a la Nación, a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el considerando 29 del voto mayoritario en "F.A.L.". Con la guía provincial, como dije, por el contrario se fortalecen, se cristalizan, se re-crean procedimientos administrativos y períodos de espera innecesarios, que retrasan la atención sanitaria y disminuyen la seguridad de la práctica (considerando 29º ya citado). Así, el sistema de salud provincial priva (o cuanto menos obstaculiza arbitrariamente) a la mujer de su derecho a acceder a una práctica médica autorizada (en tanto no está penalizada, como claramente lo expresó la Corte en su rol de máxima exegeta constitucional) cuando no denuncia penalmente a su violador y, en su defecto, cuando los organismos estatales (extra-sanitarios) que deben intervenir en el proceso no tienen por debidamente manifestada la declaración jurada del delito de violación generador del tortuoso embarazo. _____

_____18) Que en el caso de las niñas, la conclusión arribada precedentemente, se ve reforzada por el plus de protección con que están investidas, en su calidad de menores de edad, precisamente en función de la etapa de la vida por la cual atraviesan. Ello surge, de los arts. 22 y 23 C.N. y art. 19 Convención Americana de Derechos Humanos, así como del objeto y disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, de la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" (emitida el 28/08/2002) y de la Ley N° 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. _____

_____En esos instrumentos normativos de distinto rango, expresamente se asegura el derecho de niños, niñas y adolescentes a la integridad física, psíquica, sexual y moral y a vivir una vida libre de abusos y de explotación sexual en sus diversas formas, así como a obtener protección estatal frente a esa clase de ilícitos (art. 34, de la CDN y art. 9 de la Ley N° 26061). En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada Opinión Consultiva N° 17 concluyó, entre otras cuestiones, que la obligación estatal emergente del art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica impone al Estado adoptar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños y niñas contra toda forma de abuso y malos tratos, sea que estos sean perpetrados por integrantes de su familia, particulares o agentes estatales. _____

_____En relación con este punto, por último quiero dejar sentado que, en el caso, la madre de la menor, en cumplimiento de su deber, denunció penalmente la violencia de género intrafamiliar padecida por su hija, de conformidad con lo establecido en el art. 2° de la ley n° 7403. Supuesto no lo hubiera hecho, correspondía al Hospital formularla, en ejercicio de igual obligación que pesa sobre los

profesionales de la institución hospitalaria, de conformidad con lo preceptuado en el art. 2° de la Ley n° 7403 ya citado, en concordancia con lo establecido por el art. 72 del Código Penal y por los arts. 30 y 31 de la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Es decir, en el caso, jamás debió instarse el procedimiento tendiente a obtener una declaración jurada, como lo prevé la guía provincial, obviamente, mucho menos procedía judicializarlo, como ilegalmente lo hizo la asesora, encontrando -sorpresivamente- eco en la judicatura local; todo lo cual, solamente permitió, como lo muestran estos autos, dilatar los tiempos de la tortura sufrida por la niña violada, golpeada y luego institucionalmente maltratada. _____

_____19) Que por las razones expuestas, y en el sentido expresado en los considerandos precedentes, voto por hacer lugar parcialmente a los sendos recursos de apelación planteados por el Asesor de Incapaces N° 4, la Provincia de Salta y por la señora C. E., madre de la niña C.M.E. En su mérito, propongo revocar la sentencia apelada en todas sus partes, declarando la inconstitucionalidad del Decreto N° 1170/12 en tanto exige la presentación de la denuncia penal o la declaración jurada con asistencia del defensor oficial o del asesor de menores e incapaces, según corresponda, a efectos de tener por "autorizada" la práctica del aborto, y las Resoluciones ministeriales N° 215/12 y 797/12, por los motivos que he fundado en este voto, que nada tienen que ver con los esgrimidos por el Juez de Primera Instancia y Familia N° 2 y la Asesora de Incapaces N° 2, los cuales, en rigor lo que cuestionan es la constitucionalidad del alcance que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha conferido al inc. 2°, del Código Penal. Asimismo, en consonancia con lo previsto por la Corte Suprema en los autos caratulados "Pro Familia Asociación civil el GCBA y otros s/impugnación actos administrati-

vos”, Expte. N° Letra C, Nro. 783, Año 2012, Tomo 48, Tipo COM, entiendo que las actuaciones deben ser remitidas al Procurador General de la Provincia a fin de determinar si corresponde acusar en los términos del art. 9 de la Ley n° 7138 a la Asesora de Incapaces N° 2, Dra. Claudia Mariela Flores Larsen, y al Juez de Primera Instancia en lo Civil de Persona y Familia N° 2, Dr. Víctor Raúl Soría. _____

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

_____ **LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **REVOCAR** la sentencia de fs. 101/113 vta., **rechazando** la demanda de amparo promovida y, por ende, **dejar sin efecto** la medida cautelar dictada el 22/11/2013 (fs. 30 y vta.). _____

_____ II. **REMITIR** los antecedentes al Sr. Procurador General de la Provincia a los fines consignados en el considerando 7° del voto de la mayoría. _____

_____ III. **MANDAR** que se registre y notifique. _____