

Legitimación activa de ciudadanos y asociaciones en la defensa de las personas por nacer

Análisis de dos recientes dictámenes de la Procuración General de la Nación

por ALFONSO SANTIAGO^(*) y MARÍA VERÓNICA NOLAZCO^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ANÁLISIS DE LOS CASOS DICTAMINADOS POR LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN. – III. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL COMO PRESUPUESTO ESENCIAL PARA LA CONFIGURACIÓN DEL CASO O CONTROVERSIA. – IV. LAS PERSONAS POR NACER COMO GRUPO VULNERABLE. SU ESPECIAL PROTECCIÓN. – V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El pasado 14 de diciembre, la Procuración General de la Nación (“PGN”) dictaminó en dos causas en las que se cuestiona la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (“IVE”). Sin expresar opinión sobre el fondo del asunto, en el primer caso, el dictamen de la PGN se inclina por admitir la legitimación activa de una asociación cuyo objeto incluye la protección individual y colectiva de esa clase de personas, mientras que en el segundo también reconoce esa legitimación de todo ciudadano en la defensa del niño por nacer en el marco de procesos colectivos, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

No es la primera vez que se plantea la inconstitucionalidad de la Ley 27.610⁽¹⁾. Desde la sanción de la ley el 30

de diciembre del 2020, se han presentado, al menos, 37 causas judiciales⁽²⁾, tanto en sede provincial como federal, tendientes a obtener la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, al momento, ninguno de ellos ha prosperado; principalmente, por la interpretación estricta que han hecho los magistrados respecto del requisito de legitimación procesal para la configuración del “caso o controversia” (art. 116 de la Constitución Nacional) que habilita a controlar la constitucionalidad de una norma. A su vez, aún está pendiente por parte del Congreso de la Nación la sanción de una ley que defina claramente cuáles son los requisitos que deben acreditarse para invocar la legitimación activa en los procesos colectivos⁽³⁾.

Por la relevancia de las cuestiones ventiladas en los casos, nada más y nada menos que el derecho fundamental a la vida de las niñas y niños por nacer, pensamos que no pueden pasar inadvertidos estos dictámenes, que merecen nuestra atención, estudio y reflexión. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no está obligada a seguirlos, en definitiva, se trata de la opinión jurídica del órgano que tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad⁽⁴⁾.

Del mismo modo en que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el fallo “Dobbs”⁽⁵⁾ del año 2022, abandonó

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El derecho a la objeción de conciencia en los proyectos de ley de legalización del aborto*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 277-952; *Aborto y derecho penal en Argentina*, por SEBASTIÁN SCHUFF, ED, 277-962; *Aborto y presiones sobre la mujer*, por JOSÉ E. DURAND MENDIÓROZ, ED, 277-966; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La sinrazón de una sentencia*, por RICARDO GUTIÉRREZ Y ESTEBAN IGNACIO VIÑAS, EDPE, 07/2019-5; *Las condiciones obstétricas y neonatales esenciales deben cumplirse: Resolución 670/19 de la Secretaría de Gobierno de Salud*, por JUAN BAUTISTA ELETA, ED, 282-1037; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por LUCÍA CAMPO, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y MARÍA INÉS FRANCK, ED, 286-586; *La objeción de conciencia y el aborto. Reflexiones acerca de la democracia*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, Revista de Derecho Constitucional, n° 4, diciembre 2020; *Proyecto de “interrupción voluntaria del embarazo” y objeción de conciencia*, por GONZALO CASTELLANOS, ED, 289; *La falta de representación del menor de edad por nacer en un nuevo fallo sobre interrupción voluntaria del embarazo*, por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET, ED, 302. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Constitucional y Director de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

(**) Magister en Derecho, LL.M. (Diploma de Honor) por la Universidad Austral; Bachiller en Leyes (LL.B.), por la Universidad de Londres; Abogada (Diploma de Honor), por la Pontificia Universidad Católica Argentina; profesora e investigadora de Derecho Constitucional en la Universidad Austral. Coordinadora académica de la Maestría en Derecho (LL.M.) y del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Austral.

(1) Por citar algunos ejemplos, puede mencionarse el caso “García Elorrio, Aurelio Francisco c/ Poder Ejecutivo Provincial – Amparo (ley 4915)” resuelto en mayo del año 2023. El actor había pedido que se declare inconstitucional el plan de gobierno provincial de entregar el misoprostol a niñas menores de 18 años fundando su reclamo en que la ley 27.610 en sus artículos 1, 2 inc. b, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 19, 20 y 21 es inconstitucional por violar los arts. 5, 14, 14 bis, 16, 19, 28, 29, 33 y 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Provincial, los arts. 1, 3, 6, 18, 24 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 4, 19 inc. 1 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. La Cámara Contencioso Administrativa N° 1 de la ciudad de Córdoba, por mayoría, rechazó la acción de amparo promovida por el actor. Entre otros argumentos, esgrimieron la falta de legitimación del actor

para reclamar en defensa de los niños por nacer. Vale la pena destacar el voto en minoría del Dr. Leonardo Massimino, quien con audacia afirmó en su voto que la doctrina del “caso o controversia” debe proyectarse con razonabilidad a la situación concreta de la ley 27.610 que autoriza la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), toda vez que, de no hacerlo, nunca sería posible efectuar el control judicial de las conductas realizadas al amparo de aquella. Ello porque al tiempo de requerirse la intervención judicial la mujer no está embarazada o ya se materializaron los abortos. Asimismo, puede destacarse el caso “Seri, Héctor Adolfo c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo ley 16.986” (Expte. 5045/2021). Si bien en primera instancia el titular del Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata, Alfredo López, declaró la inaplicabilidad de la ley 27.610 sobre Acceso a la IVE y ordenó al Estado Nacional como medida cautelar suspender la aplicación de la norma, sus protocolos y resoluciones hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo, en segunda instancia, la Cámara Federal rechazó la acción por falta de legitimación del actor. Por último, se citan otras causas mencionadas en el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional en la causa “Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° FSA 4290/2020): “Así las cosas, en las siguientes causas los magistrados rechazaron la pretensión por falta de legitimación, a saber: Expte. N° FBB000064/2021, Juz. 1 Federal de Santa Rosa, Expte. N° FPA 219/202, Juz. Federal de Paraná 2, Expte. N° FRE 76/2021, Juz. Federal de Resistencia, Expte. N° CAF 128/2021, Juz. Contencioso Administrativo Federal N° 10, Expte. 61/2021, Juz. Federal de Tucumán N° 1; Expte. N° FTU 71/2021, Juz. Federal de Tucumán N° 1; Expte. N° 67.442/2019, Juz. Contencioso Administrativo Federal 3, Expte. N° CNE-29/2021, Juz. Contencioso Administrativo Federal N° 5, Expte. N° 1 063/2021, Juz. Federal de Azul N° 2; Expte. N° CAF 1252/2021, Juz. Contencioso Administrativo Federal N° 2”. Además del caso “Seri” comentado *ut supra*, allí se mencionan también otros pronunciamientos de Cámaras Federales respecto del mismo tema controvertido: Expte CNE 29/2021 – “Traboulsi, Carlos Lionel y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ Amparo ley 16.986”, Expte. FBB 64/2021 – “Junta Promotora Partido Nos Provincia de La Pampa c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” y el Expte. 76/2021 – “Junta Promotora Partido Nos Distrito Chaco c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

(2) Dato obtenido del Informe de gestión anual de la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (DNSSR) enero-octubre 2023, disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/informe-de-gestion-de-la-direccion-nacional-de-salud-sexual-y-reproductiva-enero-octubre> (último acceso: 12-01-24).

(3) Desde la causa “Halabi” (Fallos: 332:111) del año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos. Sin embargo, esta ley aún no fue dictada, por lo que la propia Corte Suprema fijó las reglas para la tramitación de este tipo de procesos a través de las Acordadas 32/2014 y 12/2016.

(4) Art. 120 de la Constitución nacional y art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148).

(5) *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U. S. ____ (2022). Allí la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que tanto “Roe” como “Casey” deben ser abandonados, pues su Constitución no efectúa referencia alguna al aborto, y ningún derecho de ese tenor se halla implícitamente protegido por disposición constitucional alguna. Al respecto, se aconseja escuchar la exposición de la Dra. Estela Sacris-

su jurisprudencia en “Roe”⁽⁶⁾ (1973) y “Casey”⁽⁷⁾ (1992), la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene en sus manos la posibilidad de retractar su errada doctrina sentada a partir del caso “F.A.L.”⁽⁸⁾ en el año 2012⁽⁹⁾. Este es el caso que abrió las puertas para la legalización del aborto en Argentina a través de la ley 27.610⁽¹⁰⁾. A pesar de las diferencias entre los casos norteamericanos y el caso “FAL” argentino –ni nuestra Constitución ni el resto de nuestro ordenamiento jurídico son neutrales en lo que respecta a la afirmación de la vida humana del ser humano, en cualquier estadio de su desarrollo⁽¹¹⁾–, el precedente “Dobbs” renueva la esperanza de que en nuestro país se revise la jurisprudencia y se cumpla con el mandato constitucional de protección de la vida humana desde la concepción “en la máxima medida posible”⁽¹²⁾. De lo contrario, se estaría privando el acceso a la tutela judicial efectiva del grupo más vulnerable de la sociedad, los niños por nacer.

En aras del análisis de los dictámenes de la PGN, este trabajo se estructurará en tres partes. En primer lugar, se presentarán los casos y la opinión dada por la PGN sobre la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios. En segundo lugar, se analizará el concepto de legitimación procesal como presupuesto esencial para la configuración del caso o controversia que habilita la intervención jurisdiccional y el desarrollo que este ha tenido en los últimos años. Luego, abordaremos la protección constitucional y convencional del derecho a la vida y, en particular, el de los niños por nacer, quienes consideramos forman parte del grupo más vulnerable e invisibilizado de la sociedad. Todo ello nos conducirá a afirmar que la ley 27.610 es repugnante a la norma fundamental y, por lo tanto, es preciso postular su pronta derogación. En efecto, muy recientemente, se ha presentado un proyecto de ley en el Congreso a fin de derogar por completo la ley 27.610 y modificar los artículos 85, 86 y 88 del Código Penal⁽¹³⁾.

tán en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional, “El cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder: una mirada desde los derechos humanos y el control de convencionalidad”, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 27 y 28 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iOOCfigHFbQ> (a partir de la hora 6:46:00). Un análisis minucioso del caso “Dobbs” puede encontrarse en Rodríguez Varela, A., “La persona antes de nacer”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2023, pp. 152-194.

(6) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

(7) *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

(8) CSJN, Fallos: 335:197. En el caso la Corte confirmó, de forma unánime, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut que, el 8 de marzo de 2010, había autorizado a una joven de 15 años a terminar con un embarazo producto de una violación por parte de su padrastro. Al respecto, véase García-Mansilla, Manuel J., “Las arbitrariedades del caso ‘F. A. L.’ Omisiones, Debilidades y (Ho)Errores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, disertación del Dr. Manuel José García-Mansilla del día 16 de mayo de 2012 en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disponible en internet: <https://www.ancmp.org.ar/user/files/03-Garc%C3%ADa-Mansilla12.pdf> (último acceso: 2-1-24). También puede consultarse el comentario: Santiago, Alfonso, “El desconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana en un reciente fallo de la Corte Suprema argentina”, *La Ley*, AP/DOC/2243/2012.

(9) Un desafío similar enfrenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, véase Ranieri, Débora y Calderone, Sofía, “Introducción. Una hoja de ruta del caso ‘Beatriz vs. El Salvador’”, en Ranieri, Débora y Calderone, Sofía (dirs.), *El aborto ante la CIDH: a propósito del caso ‘Beatriz vs. El Salvador’*, *El Derecho*, Buenos Aires, 2024, p. 11. “Por primera vez en su historia, el tribunal regional tiene entre manos la resolución de un caso específico sobre aborto. Se trata del caso ‘Beatriz vs. El Salvador’, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha requerido a la Corte Interamericana (Corte IDH) que declare que el Estado salvadoreño es responsable por no proveer el ‘acceso a una interrupción legal, temprana y oportuna’ del embarazo a una mujer, con una enfermedad de base, que gestaba en su vientre a una niña con anencefalia”.

(10) Al respecto, afirma Rodríguez Varela que “el aborto, después del deplorable fallo F.A.L. y de los inconstitucionales Protocolos y ‘Guías Técnicas’, reclamados a las jurisdicciones locales por la mayoría de la Corte Suprema, significó, en los hechos, el comienzo de una creciente matanza de inocentes niños no nacidos como nunca antes se registró en nuestro país”. Rodríguez Varela, A., *La persona antes de nacer*, *El Derecho*, Buenos Aires, 2023, p. 308.

(11) Véase Andereggen, Pedro y Barra, Rodolfo C., “‘FAL’ también está terriblemente equivocado”, *El Derecho*, Suplemento especial *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, Buenos Aires, 2022, pp. 8-13. Al marcar las diferencias, sostienen que “en Roe se inventó un derecho, en ‘FAL’ en sus fundamentos –no en su decisorio con valor de precedente para casos similares– se negó el derecho a la vida expresamente reconocido por la Constitución”.

(12) Cfr. art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(13) Se trata del proyecto de ley N° 5172-D-2024, presentado el 7 de febrero del corriente, por varios legisladores de La Libertad Avanza. Además, la defensa del derecho a la vida ha tomado particular relevancia este año desde que el presidente Javier Milei, mediante el decreto 55/2024, declaró al 2024 como el “Año de la Defensa de

II. Análisis de los casos dictaminados por la Procuración General de la Nación

A continuación, se comentarán los dos casos dictaminados recientemente por la PGN. Si bien en el primero la parte actora es una asociación y en el segundo, un grupo de ciudadanos, ambos persiguen la inconstitucionalidad de la ley 27.610 en el marco de procesos colectivos.

Consideramos acertada la opinión vertida en ellos por cuanto es necesario que el Estado argentino provea de los medios necesarios para proteger la vida y dignidad de los integrantes del grupo más vulnerable e invisibilizado de la sociedad y garantice así su derecho a una tutela judicial efectiva.

a. Asociación Civil Portal de Belén⁽¹⁴⁾

El primer caso se trata de una acción de amparo colectivo presentada ante la justicia federal con asiento en la provincia de Córdoba por la Asociación Civil Portal de Belén por la que se solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 4, 5, 16 y 21 de la ley 27.610, en cuanto establecen el derecho de la persona gestante a la interrupción voluntaria del embarazo. El juez de primera instancia, Ricardo Bustos Fierro, rechazó *in limine* la pretensión. En la sentencia fechada el 30 de junio del 2021 sostuvo: “En estas actuaciones, aun cuando la Asociación actora invoca una protección genérica de posibles damnificados, no plantea un caso real y concreto de aplicación de la ley impugnada. Este requisito concreto, no se visualiza en la impugnación genérica de la ley de que se trata, por cuanto la misma está dirigida a una generalidad de sujetos, quienes no se encuentran obligados a caer bajo sus preceptos”.

A *contrario sensu*, la Cámara Federal de Apelaciones, por mayoría, hizo lugar a la apelación de la actora y revocó la decisión. En sus argumentos, el tribunal consideró que correspondía examinar la existencia de “causa o controversia” y recordó la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal en el sentido de admitir la legitimación activa de asociaciones en defensa de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, entendió que se le debía reconocer legitimación activa en representación de los niños no nacidos y no deseados, pues los integrantes del colectivo supuestamente afectado no pueden representarse a sí mismos.

Disconformes con el pronunciamiento, el fiscal general interino ante la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba y la fiscal federal de la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres de la Procuración General de la Nación –en representación del Ministerio Público Fiscal de la Nación– interpusieron un recurso extraordinario.

En un dictamen favorable para los actores, Laura Monti, procuradora fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideró que la defensa del derecho de incidencia colectiva a la vida de los niños por nacer está admitida por el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional y la jurisprudencia en “Halabi”⁽¹⁵⁾.

En lo pertinente, la procuradora fiscal sostuvo que en el caso se presentaba “una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la presente demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado, en tanto se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos, existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo a partir de la sanción y aplicación de la ley 27.610 y la pretensión se encuentra enfocada en los efectos comunes del problema”.

En cuanto a la legitimación, admitió la representación de la asociación actora en favor de los niños

la Vida, la Libertad y la Propiedad”. Toda la documentación oficial de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, así como de los Entes autárquicos, deberá llevar la leyenda durante el corriente año. Al respecto, puede leerse la nota periodística publicada recientemente por tres convencionales constituyentes de 1994, apoyando la declaración y manifestando su interés en que “sea derogada la también inhumana ley 27.610”. Menem, Eduardo; Barra, Rodolfo y Guzmán, Cristina, “2024: año de la defensa de la vida, la libertad y la propiedad”, *Infobae*, 25-1-24. Disponible en internet: <https://www.infobae.com/opinion/2024/01/25/2024-año-de-la-defensa-de-la-vida-la-libertad-y-la-propiedad/> (último acceso: 25-1-24).

(14) “Asociación Civil Portal de Belén c/ Estado Nacional s/ Amparo colectivo (Córdoba)”, Expediente FCB 291/2021.

(15) CSJN, Fallos: 332:111.

por nacer a partir de la jurisprudencia del máximo tribunal en “Padec”⁽¹⁶⁾ (2013) y “Unión de Usuarios y Consumidores”⁽¹⁷⁾ (2014). En conclusión, sostuvo que la asociación actora se encontraba legitimada para cuestionar los preceptos contenidos en la ley 27.610 y, sin emitir opinión sobre el fondo del asunto, desistió del recurso que había sido deducido por los representantes del Ministerio Público.

b. Ciudadanos de la Provincia de Salta⁽¹⁸⁾

El segundo caso, dictaminado el mismo día que el anterior, se trata de una acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 322 del Código Civil y Comercial de la Nación) presentada por un grupo de ciudadanos de la provincia de Salta contra la resolución 1/19 del Ministerio de Salud de la Nación, mediante la cual se aprobó el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo, objeto que fue ampliado con la sanción de la ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (“IVE”). Fundaron su legitimación en el art. 1° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que habilita a “todo ciudadano” a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de los derechos que hayan sido vulnerados por la omisión de los órganos gubernamentales.

Al igual que en el caso comentado anteriormente, la pretensión fue rechazada en primera instancia, pero admitida en la instancia jerárquicamente superior. Los recursos extraordinarios presentados por el Estado Nacional (Ministerio de Salud) y los representantes de la Asociación Civil Pro Amnistía, la Fundación Mujeres por Mujeres, el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables y el Centro de Estudios Legales y Sociales fueron concedidos y, de este modo, llegó la causa a conocimiento del Ministerio Público Fiscal.

Nuevamente, el dictamen de la PGN fue favorable a acoger el reclamo de los actores y reconoció la legitimación activa de todo ciudadano para reclamar en la justicia la protección de los niños por nacer en virtud de lo previsto por el art. 1° de la ley 26.061 como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales con homogeneidad fáctica y normativa. La procuradora fiscal entendió que la situación era distinta de aquellas en las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la calidad de ciudadano es insuficiente para impugnar la constitucionalidad de una norma. En este punto, la Cámara Federal de Salta había considerado que el caso se trataba de una situación “excepcionalísima”, por cuanto el daño directo y concreto que se exige a los fines de tener por acreditada la existencia de un “caso o controversia”, además de no estar previsto en la ley 26.061, recae en sujetos que no pueden actuar por sí mismos y su principal representante legal – madre o persona gestante– tiene intereses contrapuestos a aquellos. El caso o controversia se verificaría a partir de la tensión que se origina entre los derechos reconocidos por la ley 27.610 a la persona gestante y el derecho a la vida del niño por nacer.

Sin abrir juicio sobre las cuestiones de fondo planteadas por los actores, el dictamen se orienta hacia la confirmación de la sentencia apelada teniendo en cuenta las particulares características del colectivo cuya afectación se alega y por la amplitud que requiere el derecho de acceso a la justicia.

III. La legitimación procesal como presupuesto esencial para la configuración del caso o controversia

En este apartado nos proponemos hacer un repaso de la evolución del concepto de legitimación procesal que justifica la actuación de las asociaciones y ciudadanos en defensa del colectivo de los “niños por nacer”. A la fecha, cada intento de bloquear la aplicación de la ley IVE fue frustrado porque se estimó que faltaba la legitimación procesal de los demandantes, requisito esencial para la configuración del “caso o controversia” que habilita la intervención jurisdiccional.

(16) CSJN, Fallos: 336:1236.

(17) CSJN, Fallos: 337:196.

(18) “Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/ Ministerio de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. FSA 4290/2020).

A partir del 14 de diciembre de 2023, con estos dos dictámenes, se abre una nueva luz de esperanza hacia la declaración de inconstitucionalidad de la ley que en nuestro país avala la eliminación de vidas humanas inocentes. Consideramos acertada la opinión de la procuradora fiscal en tanto les reconoce legitimación a la Asociación Civil Portal de Belén en Córdoba y al grupo de ciudadanos de Salta para acudir a la justicia en defensa del colectivo “por nacer”. De lo contrario, ¿de qué modo el colectivo más vulnerable e invisibilizado de la sociedad puede acceder a la tutela de sus derechos?

Conforme reiterada doctrina de la CSJN, recientemente reafirmada en la causa “Cristina Fernández de Kirchner en carácter de Presidenta del Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, para que un juez pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma es preciso que el caso sea justiciable, para lo cual deben cumplirse dos recaudos: por un lado, debe tratarse de una controversia que persiga la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante (legitimación) y, por otro lado, la causa no debe ser abstracta, es decir, no debe tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial⁽¹⁹⁾.

Tradicionalmente, se ha considerado que tiene legitimación procesal únicamente el titular del derecho subjetivo, es decir, quien encabeza de modo exclusivo y excluyente el derecho cuya protección se pretende, o un interés legítimo, es decir, un interés en la resolución del proceso a pesar de no ser el titular exclusivo y excluyente del derecho subjetivo –tal el caso del tercero que se presenta en el proceso a defender sus intereses–⁽²⁰⁾.

Por ejemplo, la legitimación se ha reconocido con amplitud a terceros que –como en el hábeas corpus– interponen la acción y formulan la cuestión constitucional en favor de otra persona que, por no estar en condiciones de hacerlo directamente (por ej., por privación o restricción en su libertad ambulatoria), merece la gestión ajena⁽²¹⁾. Nótese al respecto que la legitimación amplia en el hábeas corpus fue admitida aun antes de la reforma de 1994 mediante la ley 23.098⁽²²⁾.

Sin embargo, la evolución histórica hizo necesaria la protección de otras situaciones. De modo progresivo se han suscitado en los últimos años, distintos supuestos en donde la tutela de los derechos no es compatible con el sistema bilateral de partes. Por ello, a partir de la reforma constitucional de 1994, los constituyentes han previsto que, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, no solo el afectado, sino también el Defensor del Pueblo y las asociaciones puedan reclamar judicialmente contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales o las leyes.

A partir de la constitucionalización de la acción de amparo en 1994, y puntualmente, a partir de la jurisprudencia en “Halabi”⁽²³⁾, se han flexibilizado las tradicionales reglas en materia de legitimación procesal. En este precedente, se delimitaron tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Dentro de esta última categoría, conforme lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentran “los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumi-

(19) CSJN, Fallos: 343:195, consid. 2°.

(20) Santiago, Alfonso, *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado* (Tomo I), Universidad Austral Ediciones, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 324.

(21) Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 365.

(22) El art. 5° de la ley 23.098 dispone que “La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3° y 4° o por cualquier otra en su favor”. Al respecto, puede citarse el proceso colectivo llevado a cabo por “Verbitsky” en su calidad de director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a favor de la totalidad de los detenidos que se encontraban alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarias de la Provincia de Buenos Aires. CSJN, Fallos: 328:1146 (2005).

(23) CSJN, Fallos: 332:111.

dores y los derechos de sujetos discriminados... En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño... la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos⁽²⁴⁾.

En cada uno de estos supuestos de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos descriptos por el máximo tribunal, se ha reconocido por vía legal o jurisprudencial una legitimación amplia en pos de la tutela judicial efectiva. En materia ambiental, por ejemplo, rige la Ley General del Ambiente 25.675, la que en su art. 30, tercer párrafo dispone que "... toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo...".

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en su artículo 55 establece que "las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios".

También se ha flexibilizado el concepto de legitimación activa en materia de acceso a la información pública. El art. 4 de la Ley 27.275 establece que "toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado". Al respecto, en la causa "Cippec"⁽²⁵⁾ la Corte señaló que "en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente", ya que "... se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud. De poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal".

Pero cuando se trató de ciudadanos que demandaban en el interés general para que se cumplan la Constitución y las leyes⁽²⁶⁾ o en defensa de los intereses de otros, desde el año 1998 en adelante, la jurisprudencia fue reticente para reconocerles legitimación. El *leading case* en esta materia es el caso "Thomas"⁽²⁷⁾ del año 2010, caso que debe ser matizado con lo dicho por la Corte Suprema cinco años más tarde en el caso "Colegio de Abogados de Tucumán"⁽²⁸⁾. Allí sostuvo: "En estas situaciones excepcionales, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple con-

dición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'. Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales 'no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho'. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé".

En lo que aquí interesa, no puede dejar de mencionarse el precedente "Internas de la Unidad N° 31 SPF"⁽²⁹⁾, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a un hábeas corpus iniciado por la Procuración Penitenciaria de la Nación en representación de mujeres privadas de su libertad que estaban embarazadas o que se encontraban con sus hijos menores de 4 años, con el objeto de obtener el reconocimiento del derecho a percibir los beneficios de la Ley 24.714 de Asignaciones Familiares. Allí, con invocación del art. 1 de la Ley 26.061 la Corte Suprema hizo lugar al reclamo formulado.

Hasta aquí y a modo de síntesis, hemos visto cómo en materia ambiental, de usuarios y consumidores y de acceso a la información pública se han ampliado los supuestos de legitimación procesal a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de distintos sujetos. Con lo visto, ¿cómo podría dudarse de la legitimación de las asociaciones y ciudadanos en la defensa de los niños por nacer? Para estos últimos, recordemos que la propia Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes expresamente reconoce en el art. 1° la legitimación de todo ciudadano para interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de los derechos que hayan sido vulnerados por los órganos gubernamentales del Estado.

Conforme lo señalaba Bidart Campos, "lo que tiene que quedar en claro es que estrangular la legitimación —o negarla— con el resultado de que uno o más sujetos no puedan promover el control constitucional en tutela de derechos, intereses legítimos o intereses de pertenencia difusa que son propios de ese sujeto, implica *inconstitucionalidad*" (la cursiva pertenece al autor)⁽³⁰⁾. Agrega en las páginas siguientes: "Hay situaciones en que, sin ley o con ley, la legitimación tiene que ser reconocida, porque se juega en su reconocimiento una cuestión constitucional que sólo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos más: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez también tendrá que reconocerla 'contra la ley', porque si se la niega en mérito a que esa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la ley, pero violará la Constitución. Tal ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, está privado del derecho a formular su pretensión y a obtener solución judicial sobre ella y tampoco puede promover control constitucional. La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del derecho a la jurisdicción como derecho de acceder a un tribunal judicial o a un derecho a la tutela judicial efectiva"⁽³¹⁾.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que los jueces no pueden renunciar a la verdad jurídica objetiva por consideraciones meramente formales, por lo que los tribunales siempre deben determinar la verdad sustancial por encima de los excesos rituales, ya que el logro de la justicia requiere que sea entendida como lo que es, es decir, una virtud al servicio de la verdad⁽³²⁾. Y también que, a pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y el desarrollo del proceso, no puede admi-

(24) CSJN, Fallos: 332:111, extractos de los consid. 12 y 13.

(25) CSJN, Fallos: 337:256. También puede consultarse: CSJN, "Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986", Fallos: 342:208 [2019].

(26) CSJN, Fallos: 321:1252, 321:1352, 326:2738; 331:2287, 331:1364, 327:2512 y 337:627.

(27) CSJN, Fallos: 333:1023 [2010]. Allí la Corte la Corte sostuvo que "la invocación de la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma. En efecto, cabe poner de manifiesto que el de 'ciudadano' es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés 'especial' o 'directo', 'inmediato', 'concreto' o 'sustancial' que permita tener por configurado un 'caso contencioso'".

(28) CSJN, Fallos: 338:249 [2015].

(29) CSJN, Fallos: 343:15 [2020].

(30) Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, ob. cit., p. 365.

(31) Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, ob. cit., p. 514. En igual sentido, se ha expresado la Corte Suprema en el caso "Halabi" al afirmar que "donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

(32) CSJN, Fallos: 339:1615.

tirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia⁽³³⁾.

A su vez, ha dicho que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”⁽³⁴⁾.

También sostuvo que “en los procesos referentes a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (como lo es el de los niños), o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”⁽³⁵⁾.

Por último, ha dicho que “la protección del interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares del caso; así la configuración de ese interés superior exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real de los infantes”⁽³⁶⁾.

IV. Las personas por nacer como grupo vulnerable. Su especial protección

Afirma Sacristán que, si bien en forma literal la categoría conformada por las “personas vulnerables” no figura ni en la Constitución Nacional ni en los tratados con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y diversas leyes –entre otras normas– la han consagrado en pluralidad de ocasiones en una valiosa realización del derecho constitucional⁽³⁷⁾.

Los tribunales nacionales e internacionales han prestado una particular atención en su labor jurisprudencial a la protección de los derechos de los denominados “grupos vulnerables”, entre los que se encuentran las personas en situaciones de pobreza extrema, los enfermos y discapacitados, los niños, las mujeres, los indígenas, etcétera.

La reforma constitucional de 1994 identificó esos grupos sociales más vulnerables y encomendó a los poderes constituidos una protección particular de sus derechos. En este sentido, el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional establece entre las atribuciones del Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

En este sentido, Lafferriere pone de resalto que, entre estos grupos vulnerables, aparecen mencionadas en dos oportunidades las personas por nacer. La primera, formando parte del grupo de los niños, y la segunda, ya con una referencia expresa y específica, en el segundo párrafo del art. 75, inc. 23. La definición del término niño en el art. 75, inc. 23, indica claramente que el niño por nacer es persona, pues la Constitución se preocupa por su protección desde que existe en el seno materno⁽³⁸⁾.

Es muy lógica, fundada y adecuada la identificación de las personas por nacer como un grupo vulnerable, ya que su estado de debilidad e indefensión requiere de las personas, grupos sociales y autoridades públicas una particular atención y consideración. Tienen necesidades perentorias

(33) CSJN, Fallos: 341:1965.

(34) CSJN, Fallos: 324:122; 327:5210.

(35) CSJN, Fallos: 345:905.

(36) CSJN, Fallos: 345:905.

(37) Al respecto, véase Sacristán, Estela, “Personas vulnerables y tutela judicial efectiva (a propósito del por nacer en la ley 26.061)”, La Ley, AR/DOC/2557/2021.

(38) Cfr. Lafferriere, Nicolás J., “La protección de la persona por nacer en el derecho argentino”, en Basset, Úrsula y Santiago, Alfonso, *Tratado de Vulnerabilidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 161 y ss.

y no se encuentran en condiciones de proteger por sí mismos sus derechos. Su situación fáctica de desprotección y desigualdad respecto del resto de las personas humanas fundamenta esa especial atención y consideración⁽³⁹⁾.

Las personas por nacer son una minoría que requiere de una especial protección legislativa y judicial frente a los posibles abusos y violencia de las mayorías adultas. Esta ley no solo no los protege, sino que consagra un procedimiento que permite su eliminación sin que sea posible acudir a los tribunales. El principio del interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño⁽⁴⁰⁾.

Todo el sistema político y jurídico de una democracia constitucional se funda en el principio de la igualdad e inviolable dignidad de la persona humana⁽⁴¹⁾. Cada una de ellas, incluidas las personas por nacer, es un fin en sí misma; un sujeto, no un mero objeto; alguien, no meramente algo. Una democracia no admite ciudadanos de segunda categoría, cuya dignidad se considere de un grado inferior a las del resto y cuyos derechos esenciales no merezcan igual protección que el resto de las personas. Nada hay más democrático y universal que este principio fundamental de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, que nos compromete a todos en su defensa teórica y práctica.

La dignidad humana y los derechos humanos fundamentales que de ella emanan son inviolables. La persona humana –también el niño por nacer– no puede ser utilizada como mero medio; no es jurídicamente legítimo disponer de él como si fuera un mero objeto para cumplir la voluntad o los deseos de otra persona. A la luz de este principio resulta inadmisibles que la eliminación de una persona pueda ser admitida como modo de solucionar un problema que tenga otra persona, por más acuciante, angustiante y dramática que sea su situación.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema puede afirmarse que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional⁽⁴²⁾. También la jurisprudencia ha reconocido que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación, y es en ese momento que existe un ser humano en estado embrionario⁽⁴³⁾.

A su vez, existe una consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema que afirma que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental⁽⁴⁴⁾. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico⁽⁴⁵⁾.

(39) Santiago, Alfonso, “El misterio de la vida y la injusticia del aborto. La dignidad igual e inviolable dignidad de la persona humana, el derecho a la vida de las personas por nacer y la palmaria inconstitucionalidad de la ley 27.610 sobre aborto a la luz del sistema jurídico argentino”, en la obra colectiva Finnis, John, *El misterio de la vida y la injusticia del aborto. John Finnis y la inviolabilidad de la vida*, Ábaco, Buenos Aires (en prensa).

(40) CSJN, Fallos: 328:2870.

(41) Cfr. Santiago, Alfonso, *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden nacional e internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 2022; *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, cap. IV.

(42) CSJN, “Saguir y Dib”, Fallos: 302:1284 (1980) y Fallos: 330:2304 (2007).

(43) CSJN, “Portal de Belén”, Fallos: 325:292 (2002). Al respecto, véase Rodríguez Varela, Alberto, *La persona antes de nacer*, El Derecho, Buenos Aires, 2023, pp. 259-264.

(44) CSJN, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, Fallos: 341:1511 (2018).

(45) CSJN, “R.A.D. c/ Estado Nacional y otro s/ Sumarísimo”, Fallos: 330:3853 (2007) y CSJN, “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/ Amparo”, Fallos: 329:4918 (2006).

En palabras del máximo tribunal, “el interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho ‘interés del niño’ con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos”⁽⁴⁶⁾.

La ley 27.610 desconoce abiertamente esta igual e inviolable dignidad de las personas humanas por nacer, al legitimar su eliminación y exterminio. Desde su sanción, el Estado argentino ha coadyuvado en el exterminio de al menos 245.732 personas por nacer. Según los datos aportados por los informes anuales de la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación, en todo el año 2021 se registraron 73.487 interrupciones voluntarias de embarazos en el sistema público de salud⁽⁴⁷⁾; durante el 2022 un total de 96.664, y entre enero y octubre de 2023 se registraron un total de 75.581 en todo el país⁽⁴⁸⁾. A estas vidas humanas inocentes no solo se les ha negado el derecho a la vida sino también el derecho a una tutela judicial efectiva.

La ley 27.610 viola preceptos constitucionales y convencionales de jerarquía superior y contradice el reconocimiento y protección de la vida humana desde la concepción dispuesta por el Código Civil y Comercial de la Nación. Después de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Estos tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y el principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos⁽⁴⁹⁾. A continuación, se destacan:

– Art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

– Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: en cuanto reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” y que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

– Art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (la cursiva nos pertenece).

– Art. 29, inc. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

(46) CSJN, Fallos: 328:2870 (voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

(47) Dato obtenido del Informe Anual 2021 publicado por el Ministerio de Salud de la Nación. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/18E3KbdUs-ZZCPQGUF7DvjZ3Q5AiatzPu/view> (último acceso: 12-01-24).

(48) Dato obtenido del Informe de gestión anual de la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (DNSSR) enero-octubre 2023, p. 49. Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/informe-de-gestion-de-la-direccion-nacional-de-salud-sexual-y-reproductiva-enero-octubre> (último acceso: 12-01-24).

(49) Cfr. CSJN, “Portal de Belén”, Fallos: 325:292 (2002), consid. 11. También, CSJN, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”, Fallos: 342:459 (2019). Allí la Corte dijo que “de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos, más aún cuando se trata de niños o personas con discapacidad”.

– Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

– Art. 6, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “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”.

– Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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”. Al respecto, cabe destacar que, en la reserva efectuada por la República Argentina al momento de ratificar la Convención de los Derechos del Niño, con relación al artículo 1º, ha declarado que “el mismo 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”⁽⁵⁰⁾.

– Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

– Art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, reconoce en el art. 19 que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” y en el art. 51 afirma que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Todos estos reconocimientos constitucionales, convencionales y legales hacen que la ley 26.710 que autoriza la eliminación intencional y directa de la persona humana sea manifiestamente contradictoria. De acuerdo a lo señalado por Sagüés, “a partir del momento de la concepción la persona por nacer (niño, de acuerdo al derecho argentino) tiene un derecho humano, específico, fundamental, concreto y exigible a la vida, que debe ser respetado y protegido por todos, comenzando por sus progenitores biológicos y por el Estado. No es tal niño una entequeia, una cosa insignificante, mucho menos un tumor maligno, ni una apófisis, ni una membrana, apéndice, cartílago o amígdala del cuerpo de la madre, a merced de la decisión discrecional de ella de extirparlo. Es un ser ultravulnerable, digno de respeto, de valoración, de estima y, por qué no, de afecto, portador de un derecho a su subsistencia esgrimible ante todos. Jamás podría, arbitrariamente, sin causa legítima, ser intencionalmente privado de su vida”^{(51) (52)}.

Por todo lo expuesto precedentemente, consideramos que la ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo es manifiestamente inconstitucional y debe ser derogada cuanto antes⁽⁵³⁾.

(50) Conforme lo ordenado por el Congreso de la Nación al sancionar la ley 23.849 que aprueba la Convención.

(51) Sagüés, Néstor, “Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima”, Dossier despenalización del aborto, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, pp. 29-41. Disponible en: http://repositorioubi.uba.ar/gsd/collect/pensar/index/assoc/HWA_2912.dir/2912.PDF (último acceso: 12-1-2024).

(52) Rodríguez Varela, Alberto, “La persona por nacer en la perspectiva de la Corte Suprema”, Comunicación del académico en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de junio de 2001. Disponible en: https://www.anmcp.org.ar/user/files/La_persona_por_nacer_Alberto_Rodriguez_Varela-2001.pdf (último acceso: 16-1-2024).

(53) Lafferriere ofrece un listado con las doce principales objeciones que merece la Ley 27.610: 1) Viola el derecho a la vida de las

V. Conclusiones

Los dos recientes dictámenes de la Procuración General favorables al reconocimiento de la legitimación de

personas por nacer al permitir que sean eliminadas; 2) Discrimina entre personas por nacer según sean deseadas o indeseadas, de modo que, de sancionarse la norma, habría tres momentos en que comenzaría la protección jurídica de la persona: la concepción, el final de la semana 14 del embarazo o el nacimiento, según sea la decisión de la madre; 3) Legaliza el aborto prácticamente hasta el fin del embarazo por la amplitud de las causales de aborto no punibles luego de la semana 14 y por la reforma del art. 88 del Código Penal para excusar a la mujer que se practique su propio aborto; 4) Obliga a los profesionales de la salud a ejercer la profesión bajo amenaza de considerar su conducta como "violencia contra la mujer" (art. 5) y de sanciones penales si se negaren, obstaculizaren o dilataren injustificadamente un aborto (art. 15 que incorpora el art. 85 bis al Código Penal); 5) Condiciona la libertad de acción de los profesionales de la salud al amenazarlos con sanciones y obligarlos a suministrar la información sobre el pretendido derecho al aborto "incluso si no hay una solicitud explícita" (art. 5.e), a no dar "información inadecuada" (art. 5.e) y a no dar consideraciones personales o axiológicas (art. 5.d); 6) Promueve el aborto a través de un recorte de la información que se ofrecerá a la madre y sin ofrecer alternativas reales; 7) Desconoce los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos al regular el consentimiento informado y permite que la niña vaya a requerir el aborto sin conocimiento de los padres. La regulación imprecisa del consentimiento informado remite a unas normas difusas sobre si debe la persona menor de edad ir acompañada y en su caso por quién. Ello conducirá a una incertidumbre para el ejercicio de los profesionales de la salud, que no sabrán cómo proceder ante el requerimiento de aborto por parte de una persona menor de edad y la disparidad de criterios sobre cuándo y quién debe concurrir acompañándola; 8) Genera las condiciones jurídicas para que se expanda el aborto sistemático de personas con discapacidad, tal como ha ocurrido en otros países que han legalizado el aborto sin expresión de causales durante las primeras 14 semanas, por la disponibilidad y difusión de los estudios prenatales, cada vez más precisos, no invasivos, rápidos y tempranos; 9) Restringe seriamente la objeción de conciencia individual al establecer que solo puede ser ejercida por el profesional de la salud que interviene "de manera directa" en el aborto, y obligándolo a derivar a la paciente; 10) Regula confusamente los derechos de las instituciones que en razón de su ideario, estatutos o normas fundamentales no pueden realizar abortos (la llamada "objeción de conciencia institucional"); 11) Excluye al padre del niño por nacer y dispone que "solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8° de la presente ley" (art. 5.b) y 12) Impone la ideología de género en la capacitación docente y del personal de salud, violentando las libertades educativas fundamentales. Lafferriere, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27.610*, Centro de Bioética Persona y Familia, Buenos Aires, febrero de 2021. Disponible para su descarga en: <https://centrodebioetica.org/libro-electronico-ley-de-aborto-comentada-analisis-critico-de-la-ley-27610/> (último acceso: 12-01-24).

También puede encontrarse un exhaustivo comentario crítico a la ley 27.610 en Rodríguez Varela, Alberto, ob. cit., p. 341-377. En esta línea de trabajos académicos que denuncian la ilegalidad de la ley 27.610, se sugiere leer García-Mansilla, Manuel, "La inconstitucionalidad de la legalización del aborto en la República Argentina", en la obra colectiva Finnis, John, *El misterio de la vida y la injusticia del aborto. John Finnis y la inviolabilidad de la vida*, Ábaco, Buenos Aires (en prensa).

ciudadanos y asociaciones para la defensa de los derechos de los niños por nacer en el marco de procesos colectivos renuevan las expectativas de que pronto en la Argentina se derogue la ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

No es posible que un Estado que reconoce explícitamente la existencia de la persona humana desde la concepción pueda permitir en su sistema jurídico una ley que avale la muerte de vidas humanas inocentes o impida en la práctica el acceso a la tutela judicial efectiva por parte de sus tribunales de justicia. La existencia de normas manifiestamente contradictorias entre sí es una de las ocho desideratas que el iusfilósofo estadounidense Lon Fuller destacaba como defecto que hace inviable un determinado sistema jurídico⁽⁵⁴⁾.

Consideramos que la ley 27.610 sobre aborto es manifiestamente inconstitucional y es la más inicua de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional a lo largo de toda nuestra historia argentina. La desconsideración hacia la dignidad de toda persona humana, la falta de protección del derecho a la vida de las personas por nacer, la negación de su derecho de acceso a la justicia y la desatención del grupo tal vez más vulnerable de la sociedad son gravísimos vicios constitucionales presentes en la ley que la convierten en una norma gravemente inicua e inválida.

La sanción de esta ley ha permitido y posibilitado desde su vigencia la consciente y deliberada eliminación y exterminio de cientos de miles de niños por nacer. Se trata de una grave y notable ceguera ética muy difícil de entender e imposible de justificar. Solo cabe que con coherencia y valentía los distintos actores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, funcionarios públicos, ciudadanos) luchemos lúcidamente por la derogación e invalidez de esta norma groseramente inconstitucional e inhumana.

VOCES: HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - SALUD PÚBLICA - ABORTO - PENA - RESPONSABILIDAD CIVIL - MEDIDAS CAUTELARES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RELIGIÓN - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - MINISTERIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - MINISTERIO PÚBLICO - ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA - PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA - ACCIÓN DE AMPARO

(54) Al respecto, véase Fuller, Lon, *The morality of law*, New Haven, Connecticut: Yale University Press. 1964.

Amparo:

Ley 27.610: interrupción voluntaria del embarazo; planteo de inconstitucionalidad; derechos de incidencia colectiva; legitimación; asociación civil.

1 – *Los derechos de incidencia colectiva, como lo es el derecho a la vida de los niños por nacer, se encuentran admitidos en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, y asociaciones como la actora –en el caso Asociación Civil Portal de Belén– tienen legitimación para iniciar procesos judiciales colectivos en su defensa.*

2 – *En el caso, en el que la Asociación Civil Portal de Belén inició acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 4, 5, 16 y 21 de la ley 27.610, en cuanto establecen el derecho de la persona gestante a la interrupción voluntaria del embarazo, se presenta una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la presente demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado, en tanto se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos, existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo a partir de la sanción y aplicación de la ley 27.610, y la*

pretensión se encuentra enfocada en los efectos comunes del problema. M.M.F.L.

61.839 – PGN, diciembre 14-2023. – Asociación Civil Portal de Belén c. ENA s/amparo colectivo(*).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 567/578 la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, por mayoría, revocó la providencia dictada en la instancia anterior y, en consecuencia, dispuso que se le diera trámite a la acción de amparo promovida por la Asociación Civil Portal de Belén a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 4, 5, 16 y 21 de la ley 27.610, en cuanto establecen el derecho de la persona gestante a la interrupción voluntaria del embarazo.

Para decidir de este modo, el tribunal consideró que correspondía examinar la existencia de "causa o controversia" que habilitara su actuación, aspecto íntimamente ligado a la legitimación procesal de la parte actora y recordó la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal en el sentido de admitir la legitimación activa de asociaciones en defensa de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos.

Tras examinar el estatuto social de la entidad y sobre la base de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución

(*) Dictamen de la Procuración General de la Nación. La Corte Suprema aún no ha dictado sentencia.