

# Existencia de *caso judicial* en los cuestionamientos contra la ley del aborto

## A propósito del dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Fiore Viñuales c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

por IGNACIO M. DE LA RIVA<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. LA AUSENCIA DE CASO: EL ARGUMENTO RECURRENTE PARA RECHAZAR LAS ACCIONES PROMOVIDAS CONTRA LA LEY 27.610 (“LEY DEL ABORTO”). – 2. RESEÑA DEL “CASO FIORE VIÑUALES”. – 3. LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CONSISTE EN RESOLVER CASOS. – 4. SINGULARIDADES QUE PRESENTAN LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN TORNO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL ABORTO. – 5. REFLEXIONES FINALES A LA LUZ DEL DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN COMENTADO.

### 1. La ausencia de caso: el argumento recurrente para rechazar las acciones promovidas contra la ley 27.610 (“ley del aborto”)

La sanción de la ley 27.610 que positivizó en la Argentina el derecho al aborto de manera irrestricta hasta la semana catorce de gestación y en términos muy amplios más allá de esa fecha<sup>(1)</sup>, desencadenó la promoción de varias decenas de acciones judiciales a lo largo y ancho del país, sustancialmente dirigidas a cuestionar la constitucionalidad del régimen legal aprobado.

Los planteos realizados se toparon, sin embargo, con un reparo procesal que no era difícil de prever y que impidió que los tribunales llegasen a sopesar las sustanciales razones de fondo en las cuales se fundaban las impugnaciones presentadas: de forma sistemática los jueces inadmitieron las demandas alegando que adolecían, invariablemente, de un requisito indispensable para habilitar la actuación judicial, esto es, la configuración de un *caso* o *controversia* que diera cabida a la intervención de los tribunales<sup>(2)</sup>.

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 MENDIORIZ, 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, 289-1543; *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, 302-698; *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, *El Derecho Diario*, Es hora de darle visibilidad al grupo más vulnerable de todos: las personas por nacer. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Cfr. los artículos 1°, 4° y concordantes de la ley 27.610.

(2) Puede consultarse, al respecto, el relevamiento de las causas judiciales iniciadas durante el primer año de vigencia de la ley 27.610 realizado por Amnistía Internacional, volcado en el informe publicado bajo el título “La Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (El litigio como herramienta para defender y fortalecer su implementación. Análisis a un año de su vigencia)”, disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2021/12/Informe-Litigio.pdf> (último acceso 22-02-2024).

Este rechazo temprano que recibieron las numerosas iniciativas promovidas por un número importante de asociaciones y por otras tantas personas actuando de manera autónoma en defensa de la vida de las personas por nacer determina, en los hechos, que los argumentos acerca de la invalidez constitucional de las disposiciones legales aprobadas por el Congreso (muchos de los cuales habían sido extensamente expuestos a lo largo del intenso proceso legislativo que culminó con la sanción de la ley 27.610) no lleguen a dirimirse ante los tribunales de justicia. Esta forma, un óbice formal (de innegable relevancia, como ya veremos), se antepone como barrera infranqueable a la consideración del grave problema sustancial que la ley entraña, a los ojos de muchos.

La trascendencia del asunto que está en juego, de cuyo tratamiento depende, en definitiva, la vida misma de decenas de miles niños que cada año no llegan a nacer a causa de los abortos provocados al amparo del régimen legal referido<sup>(3)</sup>, reclama una consideración detenida de la consistencia de la causal de rechazo esgrimida, una y otra vez, por los jueces para inadmitir los planteos sometidos a su estudio y resolución. El dictamen de la Procuración General de la Nación en el “caso Fiore Viñuales” brinda una oportunidad inmejorable para acometer ese análisis.

### 2. Reseña del “caso Fiore Viñuales”

La entonces diputada nacional por la Provincia de Salta, María Cristina Fiore Viñuales, inició, junto con otras personas, una acción ante los tribunales federales de su provincia, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación (que aprobó el “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”) y de varios artículos de la ley 27.610. En el marco de esa misma acción, sus impulsores solicitaron que se declare que el ser humano existe desde el momento mismo de la concepción, que la Constitución Nacional considera “niño” al ser humano a partir del momento de la concepción, y que por esa razón el niño no nacido tiene un derecho intrínseco a la vida del cual no puede ser privado.

El juez de primera instancia que intervino en la causa rechazó la legitimación de los actores, decisión que fue revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta a través de una resolución aprobada por la mayoría de sus miembros, fundándose principalmente en la consideración de que la interpretación armónica de lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.061 y la ley 23.849 (que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño) habilitan a todo ciudadano a actuar judicialmente en defensa de los derechos esenciales de las personas por nacer. Para arribar a esa conclusión, el tribunal de alzada valoró como “excepcionalísima” la situación que se plantea en lo concerniente a la existencia de un caso o controversia, por cuanto el daño directo y concreto que para ello se exige recae en sujetos que no pueden actuar por sí mismos y cuyo principal representante legal (su madre) tiene intereses contrapuestos con los de ellos. Frente a tales circunstancias, sostuvo, y en tanto se alega la violación del derecho a la vida de las personas por nacer, afirma la Cámara que la interpretación acerca de la legitimación de los demandantes debe llevarse a cabo con un criterio amplio que

(3) De acuerdo con la información oficial suministrada por el Ministerio de Salud de la Nación, durante el año 2021 se practicaron 73.487 abortos en todo el país, cifra que ascendió a 96.664 en el año 2022. Los datos provienen de la respuesta al pedido de acceso a la información pública brindada con fecha 3 de julio de 2023 por la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del citado Ministerio, ante la solicitud presentada por el Sr. Emilio Ignacio Hardoy en el EX2023-66150072-APN-DD#MS, al cual el suscripto ha tenido acceso por gentileza de Pedro M. Anderegggen.

no obstruya irrazonablemente el acceso a la jurisdicción. También ponderó el tribunal que tal legitimación, de naturaleza sustitutiva y subsidiaria, procedía en el caso ante la omisión por parte del Estado de observar los deberes a su cargo en la tutela del derecho a la vida aludido.

Semejante decisión fue atacada tanto por el Estado Nacional (Ministerio de Salud), en su condición de demandado, cuanto por 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 (entidades todas que actúan en calidad de terceros en el proceso), a través de la interposición de sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos por la Cámara. El principal argumento esgrimido en sus escritos de impugnación reside en la inexistencia de “causa” o “controversia” que alegan, y en la consiguiente falta de legitimación activa que atribuyen a los actores. Aducen, en tal sentido, que la legitimación amplia que concede el artículo 1º de la ley 26.061 exige, de todos modos, la existencia de un caso o controversia, puesto que lo contrario habilitaría a promover acciones de revisión constitucional en abstracto, dando curso a una acción popular no prevista por nuestro ordenamiento.

El análisis acometido por la Procuración General en su dictamen comienza por recordar que todo control de constitucionalidad de las actividades ejecutiva y legislativa por parte de la justicia requiere de la existencia de un “caso”, en resguardo del principio de separación de poderes. Destaca, en tal sentido, que los accionantes fundan su legitimación en el artículo 1º de la ley 26.061, que habilita a “todo ciudadano” a cuestionar la constitucionalidad de una ley que, por su misma vigencia, traiga aparejada la desprotección de la vida de un niño, tal como ocurre con la ley 27.610.

En opinión de la Procuración, la resolución de Cámara recurrida es acertada, por cuanto la ley 26.061 atribuye legitimación a todo ciudadano para interponer acciones administrativas o judiciales en defensa de los derechos de los niños ante la omisión en la observancia de sus deberes por parte de los órganos gubernamentales. En su dictamen, la Procuración estimó que tales derechos estaban siendo efectivamente violados, conforme lo acreditan los elementos probatorios acompañados por los demandantes que dan cuenta de prácticas autorizadas por la ley 27.610 llevadas a cabo en forma asidua en un hospital público de la ciudad de Salta, lo cual demuestra, a su juicio, “una suficiente concreción de los perjuicios alegados a los efectos de la configuración de un ‘caso contencioso’”. En tales circunstancias, concluye la dictaminante que la situación que se presenta en la causa difiere de aquellas en las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró insuficiente la calidad de ciudadano para sostener la legitimación invocada con vistas a cuestionar la constitucionalidad de las normas. Calificó, por último, la pretensión deducida como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

### 3. La función de los jueces consiste en resolver casos

Al establecer el alcance de la competencia de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación, la Constitución Nacional la define como el conjunto de atribuciones destinadas al conocimiento y decisión de los “asuntos” descriptos en sus artículos 116 y 117. Tales disposiciones fueron reglamentadas por el Congreso al sancionar la ley 27 (dictada al poco tiempo de constituido el cuerpo legislativo), cuyo articulado precisa que la justicia nacional “solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”<sup>(4)</sup>. Las disposiciones constitucionales y legales referidas conducen a la convicción de que nuestro sistema judicial se asienta sobre la noción fundante de *caso judicial*, determinante del lugar que corresponde a los jueces dentro del gobierno republicano adoptado por el artículo 1º de la propia Constitución<sup>(5)</sup>.

(4) Cfr. el artículo 2º de la citada ley 27.

(5) Antonin SCALIA, antes de convertirse en juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, advirtió en su día que el desconocimiento de que los tribunales limitan sus funciones a la resolución de casos o controversias entre partes enfrentadas por la defensa de intereses personales, puede derivar en una grave distorsión del sistema republicano en su conjunto (conf. su trabajo “The doctrine

La Corte Suprema contribuyó de manera notable a esclarecer los alcances de este postulado que define los perfiles de la función judicial en nuestro sistema institucional. En sus pronunciamientos el más alto tribunal señala, una y otra vez, que la intervención de los tribunales solo puede tener cabida allí donde se verifica una controversia entre partes adversas, las cuales se enfrentan en virtud de la contradicción de sus pretendidos derechos. Queda, de este modo, descartada de plano toda posibilidad de que los jueces se pronuncien frente a planteamientos abstractos<sup>(6)</sup>.

El ámbito propio de actuación de los tribunales es, por tanto, el que generan las controversias concretas entre dos o más sujetos en torno a los derechos que cada uno de ellos reivindica para sí. Cuando se producen tales enfrentamientos, las personas afectadas estarán habilitadas a someter al juez la disputa, de modo que este proceda a dirimirla mediante la aplicación de las normas y principios que integran el ordenamiento jurídico.

La existencia de una causa o controversia resulta, en consecuencia, un factor indispensable para preservar el equilibrio entre los órganos que configuran el sistema de separación de poderes, pues opera como contrapeso de la preeminencia que adquieren los jueces en razón de su facultad de invalidar lo actuado por los dos estamentos restantes, ya que en razón de esa exigencia dicha prerrogativa queda doblemente limitada: por un lado, por la necesidad de ser excitada por un tercero legitimado, y por otro, en virtud del alcance circunscripto a las partes del proceso que se atribuye a la decisión invalidante.

La situación litigiosa que habilita la labor judicial solo se verifica, en suma, allí donde hay dos –o más– partes enfrentadas entre sí por la defensa de sus respectivos derechos o intereses, lo cual implica la existencia de un conflicto entre personas que sostienen posiciones contrapuestas<sup>(7)</sup>.

Para que los tribunales puedan pronunciarse, además, debe tratarse de un conflicto actual, es decir, ni meramente hipotético, eventual o conjetural (en cuyo caso el planteo resultaría prematuro), ni tardío por haber sido ya resuelto (bien o mal) por el paso del tiempo, lo cual conduciría a que la decisión a dictarse por los jueces carezca de toda eficacia concreta para las partes.

Tratándose de una acción declarativa de inconstitucionalidad (como la que nos ocupa), la presencia de un caso judicial exige, igualmente, que el planteo no se limite a la proposición de una cuestión meramente teórica, consultiva o que importe una indagación de índole exclusivamente especulativa. Como desde los albores de su actuación lo ha señalado la Corte, la función de los jueces no consiste, en efecto, en emitir dictámenes académicos u opiniones consultivas en abstracto<sup>(8)</sup>. Se necesita, por el contrario, de un planteo que procure “precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal”<sup>(9)</sup>.

La noción de *caso* brindada implica, como quedó dicho, la existencia de partes enfrentadas. La doctrina procesalista entiende por *parte* toda persona que reclama en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, así como aquella ante la cual se exige dicha satisfacción<sup>(10)</sup>. Es preciso hacer notar que la

of standing as an essential element of the separation of powers”, en 17 Suffolk U.L. Rev., págs. 881 y ss.). En igual sentido, vid. BARRA, Rodolfo Carlos; “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, en LL 1994-E, págs. 1087 y ss.

(6) La jurisprudencia de la Corte en la materia es sumamente frondosa y sostenida a lo largo de toda su historia. El precedente más temprano sobre el tema se remonta al año 1863 (Fallos 1:27), y a partir de allí el criterio se ha mantenido inalterable hasta la actualidad. Un ejemplo cercano en el tiempo, que contiene una exposición detenida de la doctrina del caso judicial, puede verse en el precedente de Fallos 346:970.

Sobre el alcance del concepto de caso judicial puede consultarse, también, BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tomo 1, 2ª edición actualizada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, págs. 276 y ss., y LAPLACETTE, Carlos José, *Tutela judicial de la supremacía constitucional (Anatomía del control de constitucionalidad difuso)*, editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, págs. 191-194.

(7) Cfr. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Tomo III Sujetos del Proceso, séptima reimpresión. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pág. 19.

(8) Fallos 1:28.

(9) Fallos 307:1379.

(10) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 5. El autor citado se apoya en la autorizada opinión de CHIOVENDA, para quien “es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida” (ver CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho pro-*

calidad de *parte* es una noción estrictamente procesal, ya que se vincula con la posición que asume quien ejerce o aquel frente a quien se ejerce la pretensión.

La calidad de *legitimado* –activa o pasivamente– hace referencia, en cambio, a la relación sustancial que vincula a los sujetos<sup>(11)</sup>. Y si bien las partes del juicio de ordinario gozan de legitimación procesal, el estatus de parte no necesariamente va unido a la titularidad de la relación jurídica sustancial que se exige a quien interviene en el pleito. De allí que cuando los dos aspectos se encuentran disociados se concluye que “la parte no se encuentra legitimada” para actuar en el proceso, lo cual determinará el rechazo de la acción, sin que ello altere –antes bien, lo contrario– la condición de parte del sujeto afectado por dicha decisión<sup>(12)</sup>.

Es preciso advertir que el temperamento para delimitar el alcance de la legitimación se ha ensanchado en los últimos años. La tesitura clásica solo atribuía tal carácter al titular de un derecho subjetivo. Pero tras la constitucionalización de los derechos de incidencia colectiva por obra del reformador de 1994 se contemplan supuestos de legitimación especial para actuar judicialmente en defensa de *bienes colectivos* (esto es, no exclusivos del sujeto actuante, e incluso ajenos por completo a sus propios intereses), expresión que, en la interpretación dada por la Corte en el “caso Halabi”, abarca también el caso de intereses individuales homogéneos<sup>(13)</sup>.

Lo cierto, pues, es que, si bien la regla continúa siendo que la legitimación solo existe para actuar en defensa de intereses propios, la doctrina especializada admite la existencia de situaciones extraordinarias que justifican habilitar a una persona a reclamar frente a la vulneración de derechos de terceros, como sería el caso de la promoción de un hábeas corpus planteado en favor de alguien que se considera ilegítimamente privado de su libertad. Se aduce como argumento el estado de indefensión del titular del derecho, que justifica la intervención de un tercero en su nombre<sup>(14)</sup>.

#### 4. Singularidades que presentan las controversias suscitadas en torno a la inconstitucionalidad de la ley del aborto

En consonancia con cuanto se viene exponiendo, está claro que los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la ley 27.610 solo pueden ser materia de conocimiento y decisión por parte de los tribunales en tanto medie un caso judicial promovido por quien se vea afectado en sus derechos.

Dos son, podría decirse, las exigencias que se desprenden de este necesario presupuesto.

En primer lugar, no basta con esgrimir, en general, la presencia de un conflicto teórico entre la ley que reconoce a las embarazadas, en términos muy amplios, el “derecho a interrumpir el embarazo”, y el derecho a la vida del *nasciturus* garantizado por la Constitución. Se requiere, además, de un caso concreto y actual donde tal conflicto se verifique.

Pero para que un juez pueda válidamente dirimir ese conflicto es menester, adicionalmente, que la impugnación de la ley sobre la base de su inconstitucionalidad sea planteada por el propio afectado, único legitimado procesalmente para llevar adelante tal planteamiento en defensa de sus propios derechos.

La primera cuestión (la existencia de un “caso” o “controversia”) enfrenta una dificultad singular en la materia. La premura con que, en la vida real, se resuelven las situaciones generadas por la voluntad de una madre dispuesta a abortar, exacerbada en el caso por el plazo perentorio de

tan solo diez días corridos que fija la ley para que se haga efectivo el aborto ante el requerimiento de la embarazada<sup>(15)</sup>, no parecen conciliables con los tiempos que demanda cualquier proceso judicial, por expedita que sea la vía escogida. Ante ello, aun mediando un caso concreto en el origen de la petición ante los tribunales, es de prever que el mismo devendrá abstracto antes de que quien lo haya promovido pueda contar con un pronunciamiento eficaz que ampare su derecho a vivir.

La Corte Suprema se ha hecho eco de esta realidad en el “caso F.A.L.”, donde el más alto tribunal de la Nación no dudó en admitir que se encontraba ante la presencia de un caso pese a que la pretensión de realizar un aborto que había dado origen al proceso ya se había satisfecho en los hechos. Para ello adujo, precisamente, 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 estas 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 justificables aquellos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061)”. En su pronunciamiento, la Corte trajo a colación el célebre precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113-1973), en el cual el máximo tribunal de ese país valoró que “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 del proceso”. Concluyó, así, nuestro tribunal cimero que “se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga 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”<sup>(16)</sup>.

Amén de las particularidades señaladas, los actores tomaron el recaudo de acreditar en la causa la recurrencia con que la práctica abortiva se venía llevando a cabo en un importante hospital de la jurisdicción, lo cual dotaba a su planteo de la concreción necesaria. La actualidad del planteamiento quedaba, a su vez, respaldada por el señalado criterio adoptado por los magistrados de mayor rango (tanto argentinos como estadounidenses), en atención a las singulares características que rodean a los casos en que se dirime un conflicto vinculado con la práctica abortiva.

El segundo requisito antedicho (esto es, la legitimación que debe investir quien plantea el caso) exhibe, también, características especiales en los litigios resultantes del conflicto entre la madre embarazada y su hijo amenazado por la decisión de aquella de abortarlo. Es sabido que el niño por nacer carece de capacidad para ejercer por sí mismo sus derechos<sup>(17)</sup>, de modo que su actuación debe llevarse a cabo a través de sus representantes legales<sup>(18)</sup>, que en el caso particular de las personas por nacer vienen a ser, ordinariamente, sus padres<sup>(19)</sup>.

Es innegable, sin embargo, que en un escenario donde la madre se dispone a ejercer la prerrogativa que el legislador le atribuye de interrumpir el embarazo, existe un notorio conflicto de intereses entre ella y su hijo por nacer, cuya vida quedará irremediabilmente truncada de concretarse aquella decisión. No es posible, en tales circunstancias, dejar la representación del *nasciturus* en manos de su madre, puesto que es previsible que, frente a semejante disyuntiva, hará prevalecer su propio interés sobre el de su hijo en camino.

Ante la ostensible vulnerabilidad de los niños y adolescentes (universo que comprende, para nuestro ordenamiento, al “niño por nacer”<sup>(20)</sup>), el legislador argentino ha

cesal civil, traducción por E. Gómez Orbaneja, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, pág. 264). En términos similares, Jaime GUASP define a la parte como “quien pretende y frente a quien se pretende, o, más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión” (ver su obra *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 183).

(11) AGUILAR VALDÉZ, Oscar; “Acerca de las partes demandadas en los procesos de revisión judicial de la actividad jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos nacionales”, en obra colectiva *Derecho procesal administrativo*, publicada en homenaje a Jesús González Pérez bajo la dirección de Juan Carlos Cassagne, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo 2, pág. 1061.

(12) FALCÓN, Enrique M.; *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, págs. 299-300.

(13) Cfr. Fallos 332:111.

(14) Cfr. LAPLACETTE, C.J., *Tutela judicial de la supremacía constitucional...*, cit., págs. 393-394.

(15) Cfr. el artículo 5º de la ley 27.610.

(16) Fallos 335:197, considerando 5º.

(17) Cfr. el artículo 24, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación.

(18) Cfr. los artículos 26, primer párrafo, y 100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(19) Cfr. el artículo 101, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación.

(20) Cfr. el artículo 2º de la ley 23.849, por medio del cual el Congreso de la Nación introduce la siguiente reserva a la citada Con-

dispuesto un sistema tutelar reforzado, tendiente a garantizar la “protección integral” de sus derechos, “para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”<sup>(21)</sup>, entre ellos, su derecho a la vida, expresamente reflejado en el mismo texto legal comentado<sup>(22)</sup>.

Como muestra de esa preocupación por garantizar la defensa eficaz de tales derechos, la ley 26.061 ha venido a establecer un sistema sustitutivo de la representación ordinaria de los niños y adolescentes de extraordinaria amplitud. La mencionada ley dispone, a tal efecto, que “la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”.

Frente a un contexto normativo como el descripto, la legitimación subsidiaria para actuar en defensa de los derechos de los niños que el legislador otorga a “todo ciudadano” rodea a este requisito de acceso a la justicia de contornos únicos<sup>(23)</sup>, donde la ponderación a cargo del tribunal que interviene debe centrarse, exclusivamente, en la verificación de que concurre una omisión en la observancia de los deberes que la propia ley 26.061 impone a los órganos gubernamentales del Estado, entre los cuales figura su responsabilidad por “garantizar con absoluta prioridad” los derechos de las niñas, niños y adolescentes “cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos”<sup>(24)</sup>. Frente a semejantes términos, la legitimación de todo ciudadano para actuar en defensa de los derechos del niño cuando las circunstancias aludidas se presentan deviene indiscutible.

Por lo demás, la solución adoptada por el legislador guarda sintonía con la jurisprudencia de la Corte que señala 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”<sup>(25)</sup>.

## 5. Reflexiones finales a la luz del dictamen de la Procuración General de la Nación comentado

En los casos como el que aquí nos ocupa se verifica la situación descripta por la Corte Suprema en el “caso F.A.L.”. Si fuera menester supeditar la actuación judicial a la presencia de un aborto en ciernes singularmente considerado, tal intervención llegaría tarde inexorablemente y devendría ineficaz, en los términos expuestos por la propia Corte.

Las notas descriptas y ponderadas por el más alto tribunal en aquel asunto para tener por configurada la existencia de un caso están presentes en el proceso en el que la Procuración ha dictaminado, toda vez que: (i) se trata, en efecto, de “cuestiones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción—”, que por su propia índole “jamás llegan al máximo tribunal (ni a juez alguno, podemos

añadir) en término para dictar útilmente sentencia”, y (ii) la colisión de derechos motivo de juzgamiento se verifica de manera concreta y continua, dado que la lesión al derecho a la vida denunciada se reedita en forma cotidiana, lo cual refuerza la actualidad del conflicto traído ante los estrados de la justicia.

A lo dicho cabe añadir, además, el carácter irreversible de la lesión del derecho a la vida resultante de todo aborto, que excluye de plano la posibilidad de procurarle remedio una vez concretado.

Por otra parte, es notorio que la ley 27.610 consagra un “derecho” a decidir la “interrupción voluntaria del embarazo” a total discreción hasta la semana catorce, y más allá de ese límite temporal reconoce también ese derecho bajo causales de peligro para la vida o salud enunciadas en términos extremadamente vagos, siendo especialmente grave la omisión de exigir el requisito de “inevitabilidad”, es decir que el aborto sea el “único” medio de evitar el peligro para la vida y la salud. Es dable, por tanto, colegir que media una renuncia consciente del Estado a toda mínima protección del ser humano por nacer a la que le obligan tanto la Constitución Nacional como las leyes y tratados de derechos humanos de idéntico rango<sup>(26)</sup>.

Lo expuesto se agrava atento a la circunstancia de que la norma legal impugnada es autoaplicativa, es decir, directamente operativa, en tanto su sola vigencia genera efectos jurídicos concretos lesivos para el particular<sup>(27)</sup>. Se trata, en suma, de una norma legal que opera por sí misma, sin necesidad de que otra norma individual la aplique<sup>(28)</sup>, lo cual opera como un factor adicional para flexibilizar el estándar exigible para tener por configurada la existencia de un caso<sup>(29)</sup>.

Es preciso destacar, en este sentido, que la operatividad inmediata de la ley 27.610 da lugar, cotidianamente, a miles de prácticas abortivas que, *per se*, lesionan de manera irreversible el derecho a la vida de otras tantas personas por nacer. Frente a ello, la promoción de una acción declarativa como la que da lugar a este comentario resulta, indudablemente, la vía idónea para suscitar la intervención de los tribunales, pues no persigue dar una respuesta en abstracto, sino que procura precaver las dramáticas consecuencias concretas para la vida humana de innumerables personas por nacer derivadas de la sanción y vigencia de una ley claramente contraria al marco constitucional.

(26) Cfr. el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, y artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño (de jerarquía constitucional, por imperio del artículo 75, inciso 22, de la Constitución), y demás disposiciones concordantes de idéntico rango.

(27) Afirma SAGÜES que, si una ley o norma general es directamente operativa, en el sentido de que no precisa de ninguna otra norma reglamentaria para su aplicación, y produce ya, con su sola promulgación, efectos jurídicos concretos (v.gr., si restringe o produce la pérdida de una facultad o derecho), la norma en cuestión causa un daño e importa un “acto lesivo” a los fines de la acción de amparo (Cfr. SAGÜES, *Acción de amparo. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales*, 5ta. ed. Astrea, Bs. As., 2009, pág. 90). En el mismo sentido, HUBENAK, Juan Manuel, “La sola sanción de la ley constituye ‘caso’ judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional”, L.L. 2001-C, 249.

(28) Cfr. CAPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, Trad. de Héctor Fix Zamudio, ed. original, Milán 1955, primera edición castellano UNAM 1961, 1ra. ed. peruana, Palestra, Lima, 2010, pág. 34.

(29) Existen numerosos precedentes jurisprudenciales que avalan el criterio expuesto. Por ejemplo, en el “caso Central Neuquén”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a una medida cautelar en un proceso donde se impugnaba un tributo local sobre el consumo de energía, sin requerir de ningún acto de aplicación concreto, alegando tan solo a la finalidad preventiva de las acciones declarativas, así como a “los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica” (Fallos 318:32).

En forma similar, en la causa “Jorge Homero Abud y otros”, un grupo de escribanos de la CABA planteaba la inconstitucionalidad de una ley de la Provincia de Buenos Aires que requería la intervención de un notario de la provincia demandada respecto de actos que debían anotarse en los registros provinciales. Mientras la Procuración General consideró que no existía caso, la Corte Suprema se apartó de su dictamen y entendió que no se trataba de dar solución a una hipótesis abstracta o meramente académica, sino que se hallaba en juego la actividad profesional de los actores, sometida en los aspectos que regula la ley impugnada al control de la provincia demandada, lo cual ponía en evidencia que mediaba entre ambas partes una vinculación jurídica que traducía en un interés serio y suficiente en la declaración de certeza pretendida (Fallos 314:1186).

Criterio similar adoptó más recientemente la Corte en la causa Colegio de Escribanos c/ Provincia de Buenos Aires, en el cual se planteaba la inconstitucionalidad de una alícuota diferencial en el impuesto a los sellos, que actuaba como una barrera aduanera provincial para los escribanos de otras jurisdicciones (Fallos 338:1455).

vencción, aprobada por el artículo 1° de la misma ley: “Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara 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”.

Y por si hiciera falta aclararlo, el artículo 2° de la ley 26.061 prescribe que “la Convención sobre los derechos del niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”, estando claro que para nuestro derecho “la existencia de la persona humana comienza desde con la concepción” (cfr. el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

(21) Cfr. el artículo 1° de la ley 26.061.

(22) Cfr. el artículo 8° de la ley 26.061.

(23) De allí que no quepa aplicar en estos casos el criterio, tantas veces reiterado por la Corte con carácter general, conforme al cual no basta la invocación de la condición de ciudadano para tener por acreditada el interés suficientemente directo, concreto y personal requerido para actuar en juicio (cfr. Fallos 306:1125; 308:2147; 310:606; 326:3007; 333:1023; y 342:853, entre muchos otros). La singularidad de la situación contemplada por el legislador y su expresa previsión en contrario obligan a apartarse, en este particular supuesto, de ese temperamento.

(24) Cfr. el artículo 5°, inciso 2, de la ley 26.061.

(25) Cfr. Fallos 332:111; 338:29 y 345:905.



Por lo demás, no ha de pasar desapercibido que la pretensión promovida en el asunto que da cabida a este comentario ofrece todas las características necesarias para considerarla enmarcada en un caso colectivo, por cuanto se encuentra en juego la tutela de un derecho de incidencia colectiva bajo la modalidad relativa a los intereses individuales homogéneos.

Es, pues, incuestionable que, con motivo de la promulgación de la ley 27.610, existe un hecho único susceptible de poner en riesgo cierto y actual, de manera continua, la vida de innumerables niños por nacer, sin que quepa ninguna posibilidad –debido a las razones ya expuestas– de que tales personas o sus representantes legales articulen a tiempo y eficazmente, de manera singular, las acciones necesarias para despejar tal amenaza y evitar, de ese modo, el daño irreversible que les ocasionará su eliminación a partir de la práctica abortiva. También se verifica en el caso la presencia de derechos que, pese a su carácter individual, dadas las circunstancias ya señaladas no alcanzarían una tutela judicial efectiva a través de demandas individuales, y que por concernir a un grupo débilmente protegido (los niños por nacer) exceden del interés de cada parte y despiertan un fuerte interés social en su protección.

El reconocimiento de la legitimación procesal que corresponde a todo ciudadano para actuar en tales circuns-

tancias en defensa de las personas por nacer es, por tanto, imperativo para los tribunales. De lo contrario, a la arbitraria supresión de tantas vidas inocentes se estará sumando una flagrante conculcación de su derecho a una tutela judicial efectiva<sup>(30)</sup>.

**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

(30) Cfr. SANTIAGO, Alfonso, y NOLAZCO, María Verónica; “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”, en el diario *El Derecho* del 22 de febrero de 2004, pág. 7.

# Alcances de la Potestad Disciplinaria de la Administración Pública Nacional. Régimen Ley Marco de Empleo Público N° 25.164. Una aproximación

por MALEN ROJAS<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. FACULTAD DISCIPLINARIA. – 3. PERSONAL DE PLANTA PERMANENTE, CONTRATADO Y DE GABINETE. – 4. PERSONAL JERÁRQUICO EXCLUIDO. AUTORIDADES SUPERIORES. ARTÍCULO 3° DE LA LMEP. – 5. ALGUNAS CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA. 1. DOCTRINA. 2. JURISPRUDENCIA. 3. DICTÁMENES PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN. 4. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Algunas reflexiones sobre la ley de empleo público*, por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, TySS, 03/2000-193; *Consideraciones acerca del Empleo Público (con especial referencia a la motivación laboral del empleado público)*, por MIRIAM MABEL IVANEGA, EDA, 00/01-767; *Marco jurídico del Empleo Público Nacional*, por RAFAEL GENTILI, ED, 209-722; *Una excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular: el conocimiento del vicio por el interesado*, por GRACIELA ELENA CHRISTE, EDA, 01/02-665; *El empleo público en la Constitución, los tratados y la jurisprudencia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-734; *El acto administrativo perfecto. La conjunción de los elementos esenciales del acto administrativo en relación con su elemento teleológico*, por LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA, EDA, 2011-667; *El acto administrativo en el régimen nacional argentino: las bases constitucionales de sus requisitos esenciales*, por MIRIAM M. IVANEGA, EDA, 2013-544; *Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho*, por PATRICIO M. E. SAMMARTINO, EDA, 2014-724; *La relación de empleo público desde la perspectiva de las legítimas expectativas del empleado*, por EUGENIA MARA CARDELLI, EDA, 2015-236; *La suspensión del acto administrativo irregular con vicio no manifiesto que adquirió estabilidad*, por MARÍA LETICIA SIERRA LOBOS, EDA, 2015-610; *Suspensión administrativa de los efectos del acto administrativo estable en el Estado constitucional y social de derecho*, por FERNANDO GABRIEL COMADIRA, EDA, 2015-691; *El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular*, por CARLOS A. NIELSEN ENEMARK, EDA, 2017-746; *Algunas consideraciones sobre el empleo público y el derecho a la estabilidad (la propósito de un fallo de la Corte Suprema)*, por EDUARDO BUENADER, ED, 269-574; *El derecho de defensa de los funcionarios y empleados de la Nación frente a actos sancionatorios*, por FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS, Revista de Derecho Administrativo, Marzo 2023 - Número 3. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogada, egresada de la Facultad de Derecho, UBA; Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral, Especialista en Ase-soramiento Jurídico del Estado, Escuela del Cuerpo de Abogado del Estado PTN. Actualmente se desempeña en el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Trabajo Final presentado en la Diplomatura en Derecho Disciplinario Iberoamericano, dictado por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

## 1. Introducción

El presente trabajo versa sobre la facultad disciplinaria, exclusivamente en el ámbito nacional, respecto del personal de planta permanente y aquellos que sin serlo están equiparados o son personal de gabinete, regidos por la Ley Marco de Empleo Público N° 25.164 (LMEP), y los denominados “funcionarios políticos”<sup>(1)</sup>, excluidos de ese régimen (cfr. art. 3°<sup>(2)</sup>), es decir, sobre el ámbito subjetivo de aplicación, cuando se ha extinguido el vínculo con la Administración.

Para ello consideraré, sobre ese universo, si la Administración puede ejercer tal facultad, hasta qué momento y en qué condiciones, en base a la doctrina, jurisprudencia y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN).

## 2. Facultad disciplinaria

La facultad disciplinaria de la administración sobre quienes pertenecen a sus cuadros es la expresión de una de sus potestades, originadas y gobernadas por las leyes y los principios que rigen el ejercicio de poderes-deberes y que guarda especial vinculación con el principio de legalidad<sup>(3)</sup>.

En cuanto a su finalidad<sup>(4)</sup>, el Prof. Comadira señala que es la de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcio-

(1) Sin perjuicio de la utilización del término, siguiendo el criterio de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Ley de Ética Pública N° 25.188, el artículo 77 del Código Penal equipara los términos “funcionario público” y “empleado público” como todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento por autoridad competente. Es decir que se denomina “funcionario” a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (cfr. art. 1°, Ley de Ética Pública).

(2) Para el presente trabajo, se tratará específicamente los incluidos en los incisos a) y b).

(3) García Pullés, Fernando, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. 408-409.

(4) Si bien se refiere a la “responsabilidad disciplinaria”, entendemos que dicha responsabilidad se hace efectiva mediante el ejercicio de la facultad disciplinaria.