

Poder Judicial San Luis

San Luis 18 de marzo 2021

Sentencia Definitiva N° 55/2021 – Juzgado Laboral N° 2

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en los autos caratulados: **“NEGRE LILIANA TERESITA C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS S/ DEMANDA DECLARATIVA DE AMPARO” EXP 366161/20.-**

RESULTA: Que se presenta por su propio derecho **NEGRE LILIANA TERESITA**, y promueve acción declarativa de certeza, prevista en el art. 322 CPC a los efectos de que haga cesar el estado de incertidumbre que en el ámbito provincial, provoca la contradicción entre el art. 4, primer párrafo, art. 2 Ley 27.610 y art. 19 CCyC, solicitando se declare la procedencia del segundo sobre el primero, con relación a los niños concebidos en el seno materno, de madres domiciliadas en la Provincia de San Luis, y en consecuencia se prohíba en toda la Provincia de San Luis, la practica quirúrgica medicamentosa o clínica del aborto, salvo en las causales contempladas en los inc. a y b del art. 4 Ley 27.610.

La demanda se dirige contra el GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS, por ser el primer responsable del cumplimiento de las leyes en territorio provincial (art. 128 CN) .

Manifiesta que su legitimación activa deviene del art. 1 de la Ley 26.061, tercer párrafo que “habilita a todo ciudadano a interponer la acción administrativa y judicial a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos”.

La ley 26.061 es la reglamentación de la Convención de los Derechos de Niño conforme art. 75 inc. 22 CN, y Ley 10.006-7, art. 13 Provincia de San Luis.

Cita también los arts. 32 y 33 de la Ley 26.061 y el principio de Interés Superior del Niño. Califica a la Ley 27.610 como parte de la legislación civil de fondo, cuya aplicación queda reservada a la Provincia de San Luis, y el art. 19 CCyC en coherencia de todas estas normas, y el art. 2 Ley 23.849 dice, “niño es todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad”.

Referencia también el art. 13 de la Constitución Provincial, que declara la intangibilidad de la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física de la persona.

Que la Ley 27.610 no deroga el art. 19 de la CCyC, ni la Ley 23.849, y considera que la Ley 27.610 es “disarmonica” con respecto a estas normas. Manifiesta que el reconocimiento de la existencia humana requiere el nacimiento con vida (art. 21 CCyC), pero no puede quedar este derecho en las manos discrecionales de la madre, haciendo prevalecer su interés, sobre el interés superior del niño, violando este principio y el art. 3 y 5 de la Ley 26.061. Establece la diferencia entre el art. 4 ap. 2 de la Ley 27.610, y el ap. 1.

Que contesta Fiscalía de Estado, en tiempo y forma, plantea falta de legitimación activa, art. 1 Ley 26.061, art. 43 CN aduce que debe demostrar un interés directo, entiende que es la CSJN el órgano que analizara la “disarmonia” que alega la actora entre la Ley 27.610, el art. 19 CCyC y las Leyes 23.849 y 26.061.

Considera que la Ley 27.610 es referida a la salud pública y se dicta dentro del marco de los compromisos del Estado Argentino en esta materia, y derechos humanos de las mujeres. Advierte que es una ley de orden

Poder Judicial San Luis

público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la Republica Argentina, (art. 21).

Cita diferentes opiniones respecto a evitar mortalidad por la interrupción voluntaria de embarazos clandestinos y la necesidad de regularlos de manera legal.

Considero deben armonizarse, las nomas constitucionales cuando están en tensión entre si y cita el fallo FAL (CSJN). Plantea improcedencia de la vía del amparo.

En el petitorio, pto2, dice que plantea incompetencia, pero tal excepción no obra en el cuerpo del escrito, solo desarrolla falta de legitimación activa.

Corrido el traslado de ley, contesta la actora, la falta de legitimación y se remite al art. 43 CN, manifestando que esta acción no es un amparo colectivo, sino la acción del art. 322 CPC, y se basa en la Ley 26.061, art. 3, y que el art. 1 de esta es diferente al art. 43 CN, ya que establece una suerte de acción popular restringida a los ciudadanos, destinada a que titulares de derechos políticos colaboren con las autoridades (art. 22CN) en la protección del niño. La ley 26.061 legitima a todo ciudadano, con intención amplia y los inviste de una legitimación especial. Ello por ser la “vida” un derecho básico esencial, que debe ser defendido. Entiendo no es aplicable el caso FAL por tratarse de interrupción voluntaria de embarazo en caso de violación.

Que no habiendo prueba a producir, corresponde pase a dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

Atento la diversidad de cuestiones planteadas, se analizaran por razones metodológicas en forma separada:

a)- Falta de legitimación activa: Lo plantea Fiscalía de Estado, y si

bien comparto su postura de que debe ser la CSJN quien en definitiva resuelva la “disarmonia” normativa planteada en autos, debe seguirse la vía procesal para llegar a esa instancia, debiendo por ende, resolver el a quo sobre los temas planteados.

También comparto la postura de la actora, de que el caso FAL no es aplicable en autos, porque ya ella explicito que su planteo se refiere al art. 4, primer párrafo Ley 27.610 y no al segundo párrafo que es caso análogo al tratado en FAL.

El derecho a la salud pública esta tratado en la Ley 27.610, y Fiscalía dice que se dicto la misma en el marco de compromisos del Estado respecto a derechos humanos de las mujeres y que debe aplicarse en forma obligatoria en toda la Republica. (art. 21 Ley citada).

El derecho a la salud, no es una facultad delegada en el gobierno nacional y me remito, por ejemplo a toda la legislación dictada por la pandemia de COVID/19, que no obliga a las provincias, sino que deben adherirse y algunas, - lo que es publico y notorio - modificaron o no acataron ciertas pautas, por ende, esta defensa no es receptable, atento los arts. 75 inc. 12, art. 116, 126 y conc. CN. (Ver Sabsay y Onaindia- La Constitución de los Argentinos- comentada de los artículos citados).

El planteo de la actora esta basado en una acción declarativa de inconstitucionalidad, lo que constituye una herramienta particular dentro del sistema de control de constitucionalidad... En la hipótesis de que se cuestionen derechos colectivos pueden promoverla quienes posean “legitimación extraordinaria”, no porque se trate de gestionar derechos que no le son propios, sino porque en estos no hay una titularidad exclusiva (art. 43 CN). (Ver Gianini Leandro). La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos (Librería Ed. Platense 2007- citada por Basterra Marcela en Aborto: La acción declarativa de inconstitucionalidad y la legitimación activa de los partidos políticos- AR DOC 1164-2010 (cita

Poder Judicial San Luis

online, publicado en DFyP- Abril 2010) y también me remito a los fundamentos de la CSJN en el caso Halabi , por todo lo que rechazo la defensa de Fiscalía de Estado, y considero apta la vía elegida por la actora del pedido de certeza en el marco de la inconstitucionalidad.

Debo analizar el planteo de Fiscalía, de que la Ley 27.610 es dictada por compromisos del Estado Argentino en esta materia.

En este punto, y conforme mis facultades, entiendo que por estar en disarmonía esta norma con la Convención de los Derechos del Niño, debo efectuar no solo el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad de la norma cuestionada y los tratados intervinientes, a ello lo hago, dentro del marco que me otorga el art. 210 de la Constitución Provincial, que es una norma avanzada en la materia.

La Corte Interamericana en el caso Trabajadores Cesados sostuvo que "*...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.*

Se trata de aplicar primero el "*control de constitucionalidad*" a través del juez local, quien debe también llevar a cabo la inspección de "*convencionalidad*", sucede algo similar a lo que acontece en el orden interno con la cuestión federal, ya que según la clásica jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, la norma debe ser analizada primero por los cuerpos judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país.

Tal cual ya lo hemos expresado repetidamente, tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH, deben buscar la 'compatibilidad' entre

las normas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir, que cuando hablamos de estas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al *Ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH. (Ver CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN - Criterios fijados por la Corte Int Juan Carlos Hitters).

En el año 1972, la Argentina ratificó la Convención Internacional de Viena sobre el Derechos de los Tratados, que entro en vigencia en 1980, y cuyo art. 27 dice “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado”.

Y también debo citar el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich CSJN/1992” que conforme la Convención de Viena daba preminencia a los Tratados ante cualquier conflicto con normas internas, ratificado luego en los casos, Fibraca y Café La Virginia S.A.F 318.1282 (Ver jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el Derecho Argentino Sup. Const. 2019-LL-2019 – F- Abalos María Graciela, cita online AR-DOC-965-2019).

En la misma publicación de la Dra. Abalos, se cita al nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, donde los jueces, previo, a dar oportunidad a las partes de su vida y Ministerio Fiscal de oficio o a pedido de parte declara la inconstitucionalidad o la inconventionalidad de una norma.

Debe comprenderse el control de convencionalidad como un complemento del control de constitucionalidad de la norma o del acto. (Abalos pub.citada)

Me remito al fallo Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú- CIDH-24-11-06, en igual sentido y a la nota de Hitters Juan Carlos: control de constitucionalidad y control de convencionalidad- LL-27-07-2009, acordes a esta línea interpretativa.

Queda pues delimitado, el objeto de esta causa, que definió la actora

Poder Judicial San Luis

de decidir si, hay contradicción entre el art. 4, 1º párrafo, art. 2 Ley 27.610 y el art. 19 CCyC.

El art. 75 inc. 22, CN, establece que los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, y cita entre ellos a la Convención de los Derechos del Niño, a la Convención de Derechos Humanos es decir estas convenciones tienen preminencia sobre la ley “todas estas cláusulas aluden a cuestiones que integran la parte dogmática de la Constitución Nacional. Se trata de nuevos derechos y libertades, de la jerarquía de los tratados internacionales o de principios fundamentales que hacen a la interpretación de los primeros”. (Sabsay y Onaindia- La Constitución de los Argentinos, pág. 222).

Las leyes 26.061, art. 1, 3 y conc., Ley 23.849, los arts. 1 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los arts. 1, 2 y 3 de la Convención de los Derechos de Niño son normativas violadas por el art. 1, 2 ap. a b y c, art.4 primer párrafo de la Ley 27.610 y en consecuencia, no solo son inconstitucionales sino también inconvencionales, efectuando como ya manifieste el control de constitucionalidad de la norma atacada, art. 4 inc. 1 Ley 27.610, la que también violenta el art. 49 de la Constitución Provincial.

El art. 3 de la Ley 26.061 da prevalencia al derecho del niño, ante un conflicto y cabe preguntarse, porque en la ley cuestionada, solo se defiende a la situación de la mujer, sus derechos y me remito al art. 2 de la norma citada, olvidando, por ejemplo, que ese niño tiene un padre que puede quererlo, que hay abuelos, que tienen la obligación alimentaria y también pueden querer con vida a ese nieto. Pero son los grandes ausentes.

Pero quiero analizar el tema estrictamente sobre su base normativa, por lo que, resta referirme al art. 19 CCyC, que no ha sido modificado y establece que la vida comienza con la concepción. Y me remito al fallo Artavia Murillo de la CIDH, y declaro que el embrión merece la protección del art. 4.1 C, desde su implantación en el útero.

Dejo presente que defiendo el criterio de que toda mujer debe ser libre de elegir si quiere o no ser madre, y en que oportunidad de su vida serlo, y para ello elegir los métodos preventivos que existen para evitar embarazos no deseados, y debe haber una permanente educación sexual al respecto, en los niños, niñas y adolescentes (Ver Aborto voluntario y Derechos Humanos Andrés Gil Domínguez pág. 59 y siguientes). Por ello, no considero inconstitucional el inc. d del art. 2, donde se habla de prevención de embarazos, educación sexual integral y métodos anticonceptivos eficaces. En síntesis, derecho a prevenir un embarazo no deseado, pero respecto del art. 4, primer párrafo y el art. 2 ap. a, b, y c son claramente violatorios del derecho a la vida, consagrado en la CN y en el art. 19 CCyC, la CIDH y la CDN. (Ver art. 13 Ley 27.610).

Como reflexión cito el punto 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho esta protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción: “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, y por otro lado el art. 49 de la Constitución Provincial de San Luis”, donde el estado protege a la persona humana desde su concepción hasta su nacimiento, y desde esta hasta su pleno desarrollo.

Que si bien esta acción declarativa de certeza se refiere solo a la disarmonia con el art. 19 CCyC, y haciendo uso del principio iuria curia novit y de los controles impuestos por el art. 210 Constitución Provincial, debo también declarar la inconstitucionalidad de esas normas y su inconveniencia por violentar la norma aludida y sostener la preeminencia del art. 19 del CCyC.

Menciono también la Declaración del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de San Luis, , que antes de la aprobación de la ley, ya había cuestionado el proyecto al igual que la Academia Nacional de Derecho, en una Declaración de defensa de la Vida, firmada por su

Poder Judicial San Luis

Presidentes Dr. Vanossi y otros directivos, en marzo de 2018.-

Que por lo expuesto **FALLO:**

1)- Rechazando la defensa de falta de legitimación activa interpuesta por Fiscalía de Estado, conforme fallo Halabi CSJN y jurisprudencia citada y el art. 43 de la Constitución Nacional.

2)- Haciendo lugar a la acción declarativa de certeza incoada por **NEGRE LILIANA TERESITA** contra **GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS**. Declarando la plena vigencia del art. 19 del CCyC, conforme principio iuria curia novit, la inconstitucionalidad y la inconveniencia de los arts. 4 apartado 1, y art. 2 apartado a, b y c de la Ley 27.610, conforme art. 27 de la Convención de Viena, art. 1 y 4 de la Convención de los Derechos Humanos, (Pacto de San José de Costa Rica), art. 1, 2 y 3 CDN, art. 75 inc. 22 CN, art. 49 y 210 Constitución de la Provincia de San Luis y jurisprudencia citada, art. 75 inc. 23 CN.

3)- Rechazando el pedido respecto al inc. D del art. 2 Ley 27.610, por tratarse de medidas preventivas y de educación sexual que no violentan derechos constitucionales, ni afectan al art. 19 CCyC.

4)- Costas por su orden, por ser cuestiones opinables. Art. 111 C.P.L.

NOTIFIQUESE personalmente o por cédula con copia de la presente, y al Sr. Agente Fiscal. Regístrese y oportunamente archívese.-

LA PRESENTE ACTUACIÓN SE ENCUENTRA FIRMADA DIGITALMENTE EN SISTEMA DE GESTIÓN INFORMÁTICO POR LA DRA. MARÍA EUGENIA BONA, JUEZ DEL JUZGADO LABORAL N° 2. cfs Ley Nac. 25506, ley Prov. 591/07; 699/09 y Reglamento General del Expediente Electrónico Acuerdo art. 9 STJSL.- JGV