



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PRO FAMILIA ASOCIACION CIVIL contra GCBA Y OTROS sobre IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS”, Expte: EXP 31117 / 0

///dad Autónoma de Buenos Aires, 5 de octubre de 2012.-

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1. Que JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE Y PEDRO JAVIER MARÍA ANDEREGGEN, en su carácter de “abogado del niño” (designado en los términos del art. 27 inc. c de la ley 26061) y de apoderado de la parte actora —PRO FAMILIA ASOCIACIÓN CIVIL— respectivamente, solicitan en forma conjunta que como medida cautelar, con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles, se ordene al GCBA abstenerse de realizar cualquier acto o maniobra tendiente a quitar la vida a un niño por nacer en la Ciudad de Buenos Aires y en cuya defensa e intereses la actora ha promovido estas actuaciones y en cuyo marco se ha designado el Dr. LAFERRIERE.

Fundan su pedido en la información que surge de las ediciones digitales de los Diarios CLARÍN, INFOBAE Y PÁGINA/12 del día de la fecha, en tanto allí se informa que la noche del 4 de octubre pasado, el Jefe de Gobierno de la Ciudad, Ing. MAURICIO MACRI, habría manifestado públicamente que el próximo martes se realizará el primer aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires.

Concretamente, señalan (y acompañan la copia impresa) que en la primera de esas publicaciones se lee: “[e]n una cena organizada anoche por Consenso Republicano, que dirige el ex Presidente de La Rural (...) el jefe de Gobierno, Mauricio Macri, respondió a una pregunta acerca de si iba a vetar la flamante ley sobre el aborto no punible de la Ciudad”. El funcionario habría “deslizado”, “soy el jefe del veto”, sin pronunciarse específicamente y sin embargo, luego habría sorprendido al manifestar: “Les quiero contar que el próximo martes se hace el primer aborto. Es una mujer de 32 años en un caso que pasó por todas las instancias legales”. Destacaron que inclusive otro sitio web, revela que se trataría de una mujer víctima de la trata de personas.

Entienden que el inminente hecho amenaza la vida de una persona por nacer y ello habilita la procedencia de la medida solicitada.

Sostienen que concurren en el caso los requisitos que habilitan el dictado de medidas de tal naturaleza, por cuanto, por un lado, el anuncio del Jefe de Gobierno ha sido divulgado por diversos medios periodísticos con precisas referencias a las circunstancias fácticas de una “medida abortiva”, y, por otro, porque “no caben dudas” de que “proceder al aborto significa quitarle la vida al niño por nacer”.

Luego especifican que “la medida de suspender el acto abortista es la única que permite asegurar la plena vigencia del derecho a la vida del niño por nacer, ante la amenaza concreta de que se vea privado de la vida en forma definitiva y no se torne ilusorio el derecho que con esta demanda se intenta resguardar” (el destacado está en el original). En ese sentido, explicaron que en estas actuaciones se encuentra cuestionada la validez de las resoluciones 1174/MSGBA/2007 y 1252/MSGBA/2012, en las cuales el Jefe de Gobierno se fundaría para “practicar el aborto” que ha anunciado.

Entienden que el derecho cuya protección cautelar reclaman “en relación al ser humano inocente es de carácter absoluto y no admite por ello ninguna clase de excepción por grave que pueda parecer, y por prohibir inconstitucionalmente que puedan intervenir los jueces en violación a la garantía del art. 29 de la Constitución Nacional que veda el ejercicio del poder de modo que se ponga en riesgo ‘la vida... de los argentinos’ que no debe jamás quedar ‘a merced de gobiernos o persona alguna’”. Además, sostienen el deber de dar prioridad al “interés superior del niño” y a evitar que se concrete un procedimiento discriminatorio en razón de la edad.

Concluyen que a la luz de lo actuado en el expediente y en virtud de la facultad de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, corresponde conceder la medida otorgada, e impedir con su dictado, que se torne ilusoria la protección del derecho cuya protección “*se ha buscado en la demanda*”. Así, concretamente solicitan que “*se ordene al Gobierno de la Ciudad que suspenda la anunciada realización de un aborto el próximo día martes 9 de octubre, y ordene se informe al Tribunal en término perentorio las circunstancias del caso, remitiendo todos los antecedentes e historia clínica, a cuyo fin solicito se habiliten días y horas inhábiles para la tramitación de esta cautelar...*”.

2. Que la procedencia de las medidas cautelares en general descansa sobre dos presupuestos básicos: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora (Cámara de Apelaciones CAyT, Sala II, *in re “Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/amparo -Art. 14 CCABA”*, sentencia del 21 de noviembre de 2000 y sus citas).

Tales requisitos han sido recogidos por la ley ritual aplicable, en lo esencial, cuando en la regulación general de las medidas cautelares exige la existencia de un temor fundado a que *el derecho del actor*, que debe ser expresamente invocado, “*puriere sufrir un perjuicio inminente o irreparable*” (conf. arts. 177 y 178 CCAyT).

En particular, el artículo 177 del código trae al proceso local esas típicas exigencias: debe presentarse *verosimilitud* en el derecho, entendida como soporte jurídico y normativo razonable en la pretensión y *peligro en la demora*; es decir, los riesgos que el mantenimiento de la situación contra la que se pide la medida implican tanto para los derechos subjetivos del demandante como para la posibilidad de dictar una sentencia útil y oportuna, de forma que se eviten daños irreversibles que tornen a ésta inocua.

Respecto del primero, la Corte Suprema ha señalado que “*como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, se agota su virtualidad*” (Fallos, 306:2060). Es decir, sólo es necesaria la “*apariencia de buen derecho*”, el *bonus fumus iuris*.

En efecto, en el análisis de la procedencia de una medida cautelar intervienen otros elementos de juicio. Por ello, en este tipo de procesos, una determinada respuesta no debe entenderse *a fortiori* como sinónimo de la sentencia final. En términos de la Corte Suprema, “*la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes— sobre la cuestión sometida a su jurisdicción*” (Fallos 314:711 y 306:2060).

3. Que en primer término, ha de señalarse que la presentación efectuada se basa en la repercusión periodística de supuestas afirmaciones del Jefe de Gobierno de la Ciudad, sin que se hayan acompañado o existan en autos mayores elementos de convicción o precisiones respecto de los hechos en que se funda la solicitud del dictado de la medida cautelar pretendida.

4. Que por medio de este proceso, se impugna el reglamento oportunamente dictado mediante la resolución 1174/MSGC/2007 por la que se aprobó el “Procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto no punibles — artículo 86, incisos 1 y 2 del Código Penal—”, cuya suspensión de efectos fue solicitada cautelarmente al inicio del proceso. Tal pretensión fue desestimada por el suscripto a fs. 231/233, decisión que fue confirmada por unanimidad por la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones del fuero el 29 de mayo de 2009.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Aquella resolución administrativa fue recientemente derogada por el actual Ministro de Salud mediante la resolución 1252/MSGC/2012, que aprobó en su lugar un nuevo procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles en los Hospitales del Subsector Público de Salud contempladas en el artículo 86, incs. 1 y 2 del Código Penal.

Dicho cambio normativo fue introducido en autos como “denuncia de hecho nuevo” por parte de la actora (ver fs. 507/510), cuya sustanciación se encuentra en curso (fs. 511). En su presentación, la actora planteó que “la sustancial identidad existente entre el régimen de la resolución formalmente derogada y el aprobado por la nueva resolución dictada que deja subsistente el interés en la obtención de la declaración de nulidad del régimen de los denominados casos de abortos no punibles en los efectores de salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, más allá de la norma formal que lo introduce en ese ámbito y de la técnica legislativa empleada, por tratarse de una misma situación jurídica” (fs. 507 vta.).

Ahora bien, no puede soslayarse entonces que el régimen de la resolución 1252/MSGC/2012 se encuentra plenamente vigente, así como lo estuvo el de la resolución 1174/GSB/2007 hasta el momento de su derogación.

En este sentido, las presuntas declaraciones del Jefe de Gobierno que los peticionantes citan como fundamento de su pretensión refieren a “una mujer de 32 años en un caso **que pasó por todas las instancias legales**” (ver fs. 514 vta.), solo podrían razonablemente interpretarse —en caso de que efectivamente existiesen— como relacionadas con el cumplimiento de los recaudos legales y reglamentarios actualmente vigentes en la Ciudad de Buenos Aires para la realización de dicha práctica (art. 86, inc. 1° y 2° del Código Penal y resolución 1252/MSGC/2012).

Es que, más allá de la nulidad que los actores persiguen como pretensión de fondo en estas actuaciones y el resultado que en definitiva obtenga, lo cierto y concreto es que el protocolo de actuación administrativa ante los efectores de Salud dependientes del Gobierno de la Ciudad se encuentra en pleno vigor, a lo que debe agregarse que la solicitud de suspensión cautelar de los efectos de un reglamento que, a criterio de la actora, guardaba “sustancial identidad” con el actual, fue rechazada en ambas instancias de este fuero.

Así, si bien los peticionantes traen a colación las facultades judiciales para declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas que consideren que vulneran derechos amparados por la carta magna, no puede dejar de recordarse que invariablemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reitera que “[I]a *declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o ultima ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera*” (Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/Marini, Carlos Alberto s/ejecución, del 13/05/2008, entre muchos otros). Lo que no se configura en el caso a criterio del suscripto.

6. Que, en otro orden, no puede tampoco soslayarse que, tal y como se presentarían los hechos alegados por los solicitantes, la pretensión cautelar intentada se enderezaría a cuestionar el ejercicio de una conducta por parte de una mujer adulta —el protocolo vigente exige el consentimiento informado y la posibilidad de revocarlo en cualquier momento antes de la intervención—, que conforme la normativa vigente y la interpretación que de ella ha formulado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no resultaría prohibida.

Así, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que “*ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha expresado en un caso que quien se encuentre en las condiciones descriptas en el artículo 86, inciso 2° del Código Penal de la Nación Argentina, “*no puede ni debe verse obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo,*

toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible” (CSJN, en autos “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, causa F. 259. XLVI, sentencia del 13 de marzo de 2012, considerando 21 del voto de los Dres. LORENZETTI, FAYT, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA y ZAFFARONI).

En la misma oportunidad, la Corte puso de relieve que la norma “*no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación*”.

En este sentido, tanto la interpretación efectuada por la Corte Suprema de las normas legales en cuestión, así como los reglamentos administrativos actualmente vigentes en la Ciudad, e incluso los criterios generales de actuación emanados de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad (resolución AGT 38/12), se enderezan de modo coincidente a evitar la intervención del Poder Judicial en este tipo de situaciones.

Así, es factible concluir que si —tal como lo afirma la máxima instancia judicial de la República— no resulta necesaria la autorización judicial para llevar a cabo este tipo de prácticas en aquellos casos y condiciones que la ley prevé, tampoco resultaría —en tales situaciones— en principio procedente su cuestionamiento judicial por parte de terceros.

7. Que por las razones expuestas estimo que no se encuentran reunidos en el caso los requisitos que el Código Contencioso Administrativo y Tributario exige para el dictado de la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, **RESUELVO:**

- I. **NO HACER LUGAR** a la medida cautelar solicitada.
- II. Regístrese, notifíquese al “abogado del niño” y a la actora conjuntamente en el domicilio constituido del primero por cédula por Secretaría con carácter de urgente con habilitación de días y horas inhábiles. A tal fin, designase como oficial de justicia *ad hoc* al agente Clarence Enrique Gastón Abello, **DNI 32.322.718, legajo N° 1553.**

Guillermo Scheibler
Juez subrogante

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires