



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **27** de marzo de 2013.-

I. AUTOS Y VISTOS:

I. A fojas 1/45 se presentan la Asociación de Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), con el patrocinio letrado de los doctores Felicitas Rossi y Pablo Fejlatowicz, e inician acción de amparo colectivo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la Resolución 1252/GCBA/MSGC/12, en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a y b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20, en tanto entienden que los mismos "... obstaculizan arbitrariamente el acceso al aborto no punible de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular - adolescentes, mujeres con discapacidad, víctimas de violación- en el sistema de salud público de la Ciudad".

I.1. Relatan que la ADC es una entidad creada en 1995, apartidaria y sin fines de lucro, cuyos propósitos son "... la promoción de los derechos fundamentales de las personas en aquellas situaciones en que éstos se vean amenazados, la defensa de los derechos básicos de las personas sin distinción y la defensa de los derechos de las personas a través de los mecanismos legales previstos en el sistema constitucional".

Refieren que en el marco de su objeto, ha efectuado diversas presentaciones ante organismos nacionales e internacionales, así como que se ha presentado en expedientes judiciales en los cuales se debatía el "aborto no punible".

Señalan que el CELS es una asociación civil sin fines de lucro que comenzó a funcionar de hecho en el año 1979, con el propósito primordial de defender y promocionar los Derechos Humanos Fundamentales.

Agregan que "[l]a línea de trabajo del CELS incluye la perspectiva de género en todas sus áreas", lo cual lo ha llevado a redactar informes y presentar denuncias relativas a la violencia de género.

Indican que ELA es también una asociación civil sin fines de lucro constituida en 2003, cuyo objetivo es "... alcanzar una sociedad más justa y equitativa para mujeres y varones, promoviendo el ejercicio de los derechos de las mujeres a través del acceso a la justicia y las políticas públicas".

Advierten que "Los derechos sexuales y reproductivos, y entre ellos, el derecho al acceso al aborto no punible, es uno de los temas centrales de la agenda feminista que ELA lleva adelante".

Finalmente manifiestan que REDI es una organización no gubernamental que tiene como objetivo "... incidir en políticas públicas de los derechos de las personas con discapacidad (PCD), bajo el modelo social", quienes conducen la Red.



Resaltan que tuvo una participación activa en la redacción del CDDP) y que forma parte de diversos organismos internacionales que velan por la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Sostienen que en virtud de lo previsto en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución local, y de los objetivos que cada una de ellas persiguen, la legitimación de las amparistas para obrar se encuentra acreditada.

Afirmar que los derechos cuya tutela se busca mediante la promoción de la presente acción son de carácter colectivo.

Fundan dicha afirmación en que “... *las disposiciones cuestionadas, al establecer requisitos ilegítimos para acceder al aborto no punible, discriminan a las mujeres en general en tanto se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y, en particular, a las niñas, adolescentes y mujeres que se atienden en el sistema de salud pública, es decir, a las más pobres y vulnerables*”.

Puntualizan que los derechos afectados cumplen con las características requeridas por la CSJN para que se pueda hablar de “derechos de incidencia colectiva”, a saber: divisibilidad de los derechos individuales afectados, existencia de una causa fáctica homogénea que provoca una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, razonabilidad de realizar un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, objeto procesal enfocado en el aspecto colectivo de los efectos del hecho, e interés individual aislado no justifica la promoción de demandas individuales.

1.2. Memoran que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86, segundo párrafo del Código Penal, “... *durante años el acceso al aborto legal se vio obstaculizado por prácticas obstructivas que imponían condiciones no previstas legalmente*”, las cuales generalmente se traducían en el requerimiento de una autorización judicial para interrumpir el embarazo.

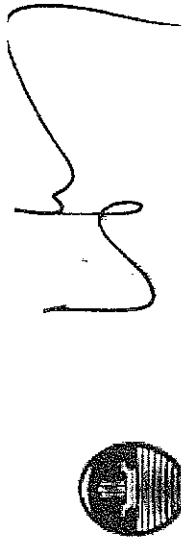
Reseñan lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos *in re* “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” el 13 de marzo de 2012, con puntual hincapié en lo que a los protocolos hospitalarios se refiere.

Destacan que durante los años 2010 y 2011 diversos Comités internacionales encargados del monitoreo de los instrumentos de Derechos Humanos manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en la Argentina para acceder al aborto no punible.

Detallan que la tasa de mortalidad materna informada por el Ministerio de Salud para el año 2010 fue de 44 x 100.000 NV, es decir que 331 mujeres perdieron la vida ese año; en tanto que los abortos practicados de manera insegura causaron el 20,5% de las muertes maternas referidas.

Agregan que en los hospitales públicos del país se registran poco menos de 60.000 internaciones por abortos inseguros por año, de cuyo total, el 15% corresponde a adolescentes y menores de 20 años.

Culminan al afirmar que de conformidad con estudios realizados en el año



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría nº 4

2006, en la Argentina se practican alrededor de 522.000 abortos clandestinos al año.

1.3. A continuación efectúan un relevamiento de la normativa referida al aborto no punible en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este sentido, mencionan la resolución 1174/MSGC/07, que fuera derogada por la de nº 1252/MSGC/12, cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue.

Explican que por aplicación de aquella resolución, sólo se llevaron a cabo cuatro abortos no punibles en el ámbito de la CABA, y que comparativamente, las previsiones de la norma derogada eran menos gravosas para el colectivo de las mujeres que las de la atacada.

Historian que el 28 de septiembre de 2012 la Legislatura de la CABA sancionó una ley “... respetuosa de los derechos fundamentales de las mujeres y acorde con los lineamientos sentados por la CSJN en el fallo ‘F., A.L.’”, la cual fuera vetada por el Jefe de Gobierno porteño el 22 de octubre de 2012, por lo que al momento de interponerse la presente acción, continúa vigente la resolución nº 1252/MSGC/12.

En lo que a esta última norma se refiere, sostienen que si bien en sus considerandos se indica que con la misma se procura responder a la exhortación efectuada por la CSJN en los autos “F., A. L.”, lo cierto es que la incorporación de ciertos artículos tachados de inconstitucionales conllevan al fracaso de dicho objetivo.

Acto seguido, efectúan un desarrollo de los **puntos impugnados**:

1.3.1. En primer término atacan la disposición incluida en los artículos 2, 8 y 18 del texto del Anexo de la resolución, en tanto prevén la intervención obligatoria del equipo interdisciplinario y conformidad del Director del efector sanitario con el diagnóstico y la interrupción del embarazo.

Arguyen que el requisito dicha intervención “... no tiene fines clínicos, dado que el diagnóstico médico lo hace el profesional interviniente, quien puede realizar una interconsulta con otros profesionales si así lo necesitare”.

Similares apreciaciones brindan respecto de la conformidad que debe prestar el Director del efector sanitario, en tanto entienden que la misma constituye un mero requisito burocrático que en nada asiste a la mujer paciente.

Denuncian que los reseñados requisitos constituyen una violación a los derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la legalidad y reserva de ley, al de razonabilidad, a la salud y a la intimidad.

1.3.2. A su vez, impugnan los artículos 5, 9 (b), 10 (b), 13 y 18 puesto que los mismos requieren que en los casos en que se trate de **mujeres menores de 18 años**, el consentimiento deba ser prestado por sus representantes legales.

Aseveran que debe presumirse válido el consentimiento que presten niñas

y adolescentes entre 14 y 18 años de edad.

Fundán dicha afirmación en que aquéllas son sujetos de derecho por lo cual corresponde que ejerzan sus derechos personalísimos, dentro de los que se encuentra la decisión de interrumpir o no un embarazo.

Agregan que el Código Civil reconoce mayores potestades para las personas que tengan entre 14 y 18 años en comparación las que le otorga a los niños menores de 14 años de edad.

Advierten que en resguardo del interés superior del niño, resulta contradictorio que se le otorgue a los padres la posibilidad de obligar a sus hijas a continuar (o, en su caso, terminar) con un embarazo producto de una violación.

1.3.3. Se alzan contra las previsiones de los artículos 5, 11 y 13 dado que *“... tampoco reconocen la posibilidad de que una mujer con discapacidad pueda consentir la práctica e imponen, además, otra barrera arbitraria como es el requisito de declaración de insania o la certificación de discapacidad”.*

Señalan que *“El consentimiento informado de una mujer con discapacidad intelectual/psico-social que ha manifestado (con los apoyos que pudiera requerir) su voluntad de interrumpir o continuar con su embarazo en los supuestos permitidos por la ley, debe presumirse válido, salvo prueba en contrario”.*

Exponen que de consumo con lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPCD), las **personas con discapacidad intelectual/psico-social** gozan del derecho a ejercer su capacidad jurídica y a otorgar su consentimiento, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Puntualizan que la mencionada Convención establece que los Estados parte deberían adoptar las medidas necesarias para asegurar que las mujeres y niñas con discapacidad gocen plenamente y en igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Citan el artículo 12 del referido Pacto y hacen hincapié en lo previsto en el inciso 4 de dicha norma.

Afirman que el nuevo paradigma respecto a las personas con discapacidad intelectual/psico-social *“... incorpora la noción de que el representante legal no puede sustituir la voluntad del representado”.*

Explican que si bien el consentimiento del representante legal se encuentra previsto en el Código Penal, deviene necesario armonizar dicho requisito con lo previsto en el artículo 12 de la Convención reseñada.

En este sentido, argumentan que la conformidad de la mujer encinta resulta condición *sine qua non* para que la intervención pueda efectuarse, independientemente de si se trate de una mujer menor de 18 años o con discapacidad intelectual/psico-social.

Añaden que no debe requerirse el consentimiento del representante legal en los casos en que exista un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 40062/0, Secretaría n° 4

conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del CP.

Concluyen que sólo será indispensable aquél cuando exista un representante legal formalmente declarado en juicio.

Destacan que “*Si la decisión final de acceder o no a la práctica puede ser tomada por una tercera persona, pudiendo ir en contra del deseo expreso de la mujer embarazada, dicha intervención resulta sustitutiva de la voluntad, vulnera la dignidad de dicha mujer y se encuentra vedada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”.

1.3.4. Rechazan el artículo 9 de la resolución bajo examen al entender que el requisito de que **el peligro sea inminente y/o grave** contraria lo previsto en el artículo 86 del Código Penal. Así, aseguran que el peligro debe ser meramente potencial. Caso contrario, se violarían los principios de interpretación del derecho penal y el derecho a la salud.

En este orden de ideas, opinan que “*Cualquier pretensión de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires de regular el derecho a acceder al aborto no punible de manera más restrictiva que la que establece el Código de fondo, implica una intromisión en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso Nacional*”.

1.3.5. Refutan la previsión del artículo 17 de la resolución en el sentido que dispone **como plazo gestacional** que el procedimiento abortivo debe llevarse a cabo dentro de las doce primeras semanas del embarazo.

A partir de los argumentos vertidos por el Máximo Tribunal en el fallo “*F.. A. L.*”, interpretan que los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal “... *instituyen el derecho de las mujeres a acceder al aborto no punible cuando el embarazo es el resultado de violencia sexual así como si representa un riesgo para su salud o su vida, y la no punibilidad de los abortos realizados en tales condiciones. Exigir otros requisitos aparece como contrario a la letra de la norma del Código Penal y a la sentencia pronunciada por la CSJN*”.

Declaran que en virtud del sistema regulatorio adoptado por la Argentina, que permite el aborto en determinados supuestos, la imposición de plazos resulta ilógica, pues “... *el objetivo de la norma es proteger la salud psíquica así como física de la gestante*”. Al respecto, afirman que los límites gestacionales son relevantes sólo desde el punto de vista médico, mas no así desde lo regulatorio.

Alegan que la imposición de un plazo de gestación menor a las doce semanas se traduce en una virtual imposibilidad de acceder a la práctica abortiva, dado que la resolución en crisis contiene innumerables obstáculos y dilaciones desde el momento en que la mujer solicita el aborto.

Así, esgrimen que resulta previsible que el mencionado plazo se extinga

antes de que se obtenga la autorización para llevar adelante el procedimiento médico.

Aseguran que la gravedad del término fijado se ve incrementada, en tanto muchas veces las violaciones son efectuadas dentro del ámbito familiar → lo cual dificulta la comunicación de los abusos padecidos- y que pueden carcer de la información y madurez necesarias para detectar un embarazo.

1.3.6. Atacan asimismo los artículos 19 y 20 de la resolución 1252/12, los cuales reconocen y regulan la **objección de conciencia**.

En dicha inteligencia, proclaman que las referidas previsiones no se conciben con lo estipulado por la Corte Suprema en el antecedente precitado.

Rechazan la posibilidad de que los profesionales puedan presentar una declaración de objeción de conciencia en cada uno de los casos en que atiende.

Recalcan que la reglamentación de la resolución "... *no establece un mecanismo capaz de garantizar el ejercicio de la objeción de conciencia de manera efectiva. Ya que sus disposiciones son contradictorias, vagas y evasivas*".

Ponen de manifiesto la incoherencia que a su entender presenta la normativa en crisis, dado que al ser la entidad depositaria de las objeciones la Subsecretaría de Atención Integrada de Salud, los tiempos desde que la mujer con riesgo en su vida o su salud solicita la práctica del aborto hasta que el médico presenta su escrito de objeción de conciencia se traducen en una dilación que pone en riesgo la integridad de aquélla.

Consideran que dicho precepto resulta violatorio de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y seguridad jurídica, así como de los derechos a la libertad, a la autonomía y a la salud.

1.4. Solicitan se declare la **inconstitucionalidad de los artículos reseñados** y se ordene al GCBA "... *adequar dichas disposiciones de acuerdo a los estándares de derechos humanos expuestos*".

A tal fin, entienden que se debora:

- a) "... *reconocer el permiso para el aborto no punible cuando esté en peligro la salud integral de la mujer sin exigir que ese peligro esté calificado como grave o inminente*" y "... *reconocer el permiso en todos los casos de violación sin importar la capacidad jurídica de la mujer*";
- b) "... *asegurar que la verificación de la consal [...] se dé entre el profesional interviniente y la solicitante de la práctica*";
- c) "... *asegurar el reconocimiento del consentimiento de niñas y adolescentes mayores de 14 años*";
- d) "... *asegurar el reconocimiento del consentimiento de mujeres con discapacidad con los sistemas de apoyos y salvaguardias que pudiera requerir e incluso cuando existiera una declaración de insania*";
- e) "... *no imponer regulatoriamente límites gestacionales a la práctica del aborto no punible*";
- f) "... *que la objeción de conciencia se reconozca siempre y cuando no*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 40062/0, Secretaría n° 4

impida el ejercicio del derecho al aborto no punible” es decir, que “... no pueda ejercerse cuando no haya otro profesional dispuesto a hacer la práctica y en casos de urgencia. Además, la objeción de conciencia deberá ser manifestada al momento de entrar en vigencia el nuevo protocolo o al momento del inicio de las actividades en nuevo establecimiento de salud”.

1.5. Peticionan el dictado de una medida cautelar “... a fin de que se suspenda durante la tramitación del presente amparo los elementos de la Resolución 1252/12 que afectan a los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a una vida libre de violencia, a la intimidad, a la integridad, a la dignidad en condiciones de igualdad y no discriminación”.

En miras de obtener dicha protección, requieren se suspenda la aplicación de los artículos 2, 5, 8, 9b, 10b, 11, 13, 17 y 18.

Puntualizan que en relación al consentimiento de las mujeres con discapacidad intelectual/psico-social, la medida a dictarse deberá disponer se arbitren los sistemas de apoyos y salvaguardias para la toma de una decisión autónoma por parte de la mujer con discapacidad.

Fundan la idoneidad de la vía elegida, citan jurisprudencia y doctrina que entienden aplicable al caso, ofrecen prueba y efectúan reserva de caso federal y de ocurrir ante los tribunales supranacionales.

Finalmente, a fojas 48/137 acompañan documental.

2. A foja 146 la jueza interinamente a cargo del Juzgado en lo CAyI n° 11 remite las presentes actuaciones por entender que serían conexas con el expediente caratulado “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, en trámite por ante este Juzgado y Secretaría.

A foja 148 se reciben las mismas.

3. A foja 149 los amparistas solicitan **se acumule** el presente expediente con el mencionado en el punto que antecede. Fundan su petición en la similitud en el objeto.

Asimismo, requieren se extienda la aplicación de la medida cautelar dictada en el expediente EXP 45722/0 y se dicte **una nueva resolución precautoria que deje sin efecto las previsiones que no fueran incluidas en aquella.**

Finalmente, y en atención a lo allí dispuesto, limitan el alcance de la medida ad cautelam a dictarse sólo a lo relativo a los artículos 5, 9, 10, b, 11 y 13 del Anexo en pugna.

4. A fojas 151/152 el **Ministerio Público Tutelar** toma intervención en representación de los derechos de incidencia colectiva de las niñas y adolescentes, así como de las mujeres con padecimientos mentales, como consecuencia de la vista que le fuera conferida (*vide* foja 150).

Diciamnia que a su entender deviene innecesaria la extensión de la medida cautelar dictada en el expediente "Rachid", en tanto el mismo tiene carácter colectivo.

Asimismo, adhiere a la solicitud del dictado de una medida cautelar que trate lo relativo a la implementación de sistemas de apoyo y salvaguardas para que la mujer con discapacidad pueda tomar una decisión en forma autónoma, y a la suspensión de la exigencia de registrar la gravedad del caso en los supuestos de abortos no punibles por peligro en la salud.

5. A fojas 155/156 se resuelve declarar la **conexidad** del *sub lite* con el expediente *in re* "Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCB4 s/ Amparo art. 14 CCABA", n° EXP 45722/0.

Asimismo, se solicita a los coactores y a la señora Asesora Tutelar que efectúen aclaraciones respecto del sistema de apoyo y salvaguarda cuya implementación peticionan.

5.1. A fojas 157/158 el **Ministerio Público Tutelar** contesta lo requerido. Señala que el sistema de apoyo encuentra fundamento normativo en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual establece "... un nuevo paradigma, el del modelo social de la discapacidad estrictamente ligado al derecho a la igualdad y por tanto de inclusión social plena".

Explica que lo que se persigue es un "... sistema de decisiones con apoyo" con el objetivo de crear condiciones que ayuden a que las personas puedan obrar con impulsos propios.

Informa que "... la mujer que padece alguna discapacidad, lejos de ser un objeto pasivo de protección, es un sujeto pleno de derecho que requiere de cierta *apoyatura*, que no la suplanté ni la anule en su obrar, sino que le brinde un apoyo que *garantice plenamente el ejercicio de su capacidad jurídica*".

Sostiene que es el efector público el que debe instaurar una modalidad de sostén profesional y referentes afectivos si los hubiera, que no sólo reconozca su capacidad jurídica sino también obligue a los profesionales a actuar conforme lo decidía la mujer afectada.

Cita la ley nacional 26.378 y 26.657, y la ley local 448.

5.2. A fojas 160/161 la **Asesora Tutelar** amplía su dictamen como consecuencia del requerimiento efectuado por el tribunal.

5.3. A fojas 163/164 los coactores contestan el traslado conferido.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Relatan que un sistema de apoyo y salvaguarda “... consiste en cualquier medida judicial o administrativa que les facilite [a las personas con discapacidad intelectual/psico-social] la toma de decisiones sobre su persona, sobre la administración de sus bienes y sobre la celebración de actos jurídicos en general”, con el fin de promover el ejercicio de la autonomía personal.

Sostienen que se busca munitlas de herramientas para que puedan tomar decisiones autónomas en respeto de su voluntad y sin sustituirla.

Reseñan que las salvaguardas “... son aquellas disposiciones dictadas por la autoridad competente a fin de controlar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad respeten sus derechos, voluntad y preferencias, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”.

Plantean como alternativa posible que la autoridad sanitaria requiera a la mujer con discapacidad que elija a una o más personas de su confianza a fin de que la asistan y acompañen en el proceso de toma de decisión.

Agregan que en el caso de que no existan tales personas, la autoridad podrá designar a otra de su entorno cercano y que, de tampoco poder contar con alguien de esas características, se deberá nombrar, con el apoyo de la paciente, a una persona idónea para prestar aquíl.

Entienden que designado el apoyo, se deberá continuar con el procedimiento ordinario del consentimiento informado en presencia de los efectores sanitarios, la mujer encinta y las personas nombradas como sostén.

Concluyen que dicho accionar debería ser documentado para luego ser remitido a un órgano de control, que en el caso podría ser el Ministerio Público Tutelar de la CABA.

6. A foja 168 el doctor Andrés Gil Domínguez, letrado en causa propia en el expediente *in re* “Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)” se opone a la acumulación de las presentes actuaciones con aquíl.

7. A fojas 173/176 se resuelve hacer lugar a la unificación de personería incoada y rechazar la acumulación de estas actuaciones con el expediente conexo “Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”; EXP 45722/0.

Y CONSIDERANDO:

Liminaumante corresponde señalar que la medida cautelar dictada en los autos reseñados en el párrafo que antecede, conexos con el *sub lite*, se encuentra vigente.

En virtud de ello, cabrá tener por reproducidos, *brevitatis causae*, los argumentos allí vertidos, así como los requisitos procesales para la procedencia de este tipo de medidas, y adelantarse al análisis de las cuestiones no sometidas a estudio en su precedente *ad cautelam*, que cautelarmente se peticionan y que exceden lo dispuesto en aquélla.

Así las cosas, el presente decisorio versará sobre las previsiones contenidas en la resolución 1252/MSGC/2012 en virtud de las cuales se impide a la mujer con discapacidad intelectual/psico-social consentir la práctica, al tiempo que imponen el requisito de declaración de insania o la certificación de discapacidad; y lo dispuesto en los artículos 9 y 10.b), sólo en lo que a la acreditación de un peligro inminente y/o grave atañe.

1

Análisis del caso concreto.

1. Requisito del humo de buen derecho.

1.1. A fin de analizar si se hallan reunidos los recaudos de procedencia doctrinaria y legislativa para el otorgamiento de las medidas *ad cautelam* solicitadas, se indagará primero si dicha pretensión ostenta color de buen derecho desde el marco del bloque de legalidad bajo el cual se analizará la cuestión a estudiar.

A tal efecto, de consumo con la medida cautelar dictada en los autos *Rachid Maria de la Cruz y otros c/ CUBA s/ Amparo (art. 14 C.C.A.B.A.)*, se indagará la legalidad amparada en dicho *finnis*. Para ello habrá de contrastarse la resolución n° 1252/MSGC/2012 tachada por los actores como irrita a los preceptos constitucionales, con las directrices emanadas de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que conforma nuestro ordenamiento por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, la Carta Magna en sus artículos 19, 33 y 75 inc. 22; la Constitución local en sus artículos 10, 20, 21, 22 y 39; la legislación de fondo a través del artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal y la ley nacional n° 26.657 de salud mental; de las leyes locales de salud n° 153 y 418 y demás normas dictadas en consecuencia derivadas de la pirámide jurídica que se halla reseñada precedentemente.

Todo ello, debidamente integrado con la hermenéutica epistemológica brindada por el más Alto intérprete del pacto de socialidad, que el país constituido como República Argentina se ha dado a sí mismo. Fillo, en respeto a la obligatoriedad de los fallos de la Corte federal, en tanto no se aporte nueva argumentación no considerada por dicho Tribunal Supremo (Conf. CSJN *in re "Corámica San Lorenzo"*).¹

En síntesis, lo precedentemente reseñado integrará el **bloque de legalidad constitucional nacional y supranacional en el que habrá de indagarse la razón o simrazón de los planteos de los actores.**

¹ CSJN "*Incidente de Prescripción Corámica San Lorenzo*", sentencia del 4 de julio de 1985. Allí la Corte estableció que "... los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (conf. doc. De Fallos 25:365). De esa doctrina y de la de Fallos 212:51 y 168 emana la consecuencia de que carecen de fundamentos las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia".



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCAB-0)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Por lo tanto, el fallo recaído en la causa “*FAL*” integrará también el sustento jurídico junto con el normativo, a fin de dilucidar la existencia de la verosimilitud del derecho pretendido *ad cautelam* en esta instancia del amparo a estudio.

Ello así por cuanto si bien la Corte Suprema sólo decide en los casos concretos que son sometidos a su jurisdicción, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos con la fuerza del *stare decisis* del sistema anglosajón, lo cierto es que en tanto autoridad definitiva para la justicia, los tribunales inferiores tienen la obligación moral de acatamiento a sus sentencias y en consecuencia, el deber de conformar sus decisiones a las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de consuno con doctrina de Fallos 312:2007 entre muchos otros², así como razones de economía procesal también lo aconsejan.

En esta inteligencia, cabe recordar que la **Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad**³, en su artículo 3, dispone que dentro de los principios generales de la misma se encuentra “*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*” y reconoce que “... las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 6).

A su vez, el artículo 12 norma que “1. Los Estados Partes **reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.**

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen **capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.**

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen **salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el**

² CSJN Fallos 9:53:215:51; 212:251.

³ Aprobada mediante ley 26.378. BO del 06/06/2008.

plaza más corto posible y que estén sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

1.2. Puntos controvertidos por los amparistas.

Cautelamente, los coactores peticionan se suspenda la aplicación de los artículos 5, 9, 10b, 11 y 13 del Anexo de la resolución 1252/MSGC/2012, en tanto entienden que limitan el derecho que legalmente tienen reconocido las mujeres que se hallan dentro de las situaciones descriptas en los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal.

En virtud de ello, se efectuará un análisis pommenorizado de las previsiones contenidas en virtud de las cuales se impide a la mujer con discapacidad intelectual/psico-social consentir la práctica, al tiempo que imponen el requisito de declaración de insania o la certificación de discapacidad; y en el artículo 9 y 10.b), sólo en lo que a la acreditación de un peligro inminente y/o grave añade.

1.2. Análisis particularizado de la pretensión. Confrontación en torno a las previsiones del Anexo I de la resolución 1252/MSGC/2012.

En este punto del análisis corresponderá efectuar el confronto entre las disposiciones contenidas en la resolución nº 1252/MSGC/12 motivo de impugnación de los amparistas, y el Código Penal de la Nación y el bloque de legalidad constitucional reseñado en el apartado II.1.2., dentro de los lineamientos efectuados por la CSJN en el fallo “*FAL*”.

1.2.1. Requisito de consentimiento del curador en los casos de mujeres con discapacidad intelectual/psico-social, y de su declaración de insania o presentación de certificado de discapacidad.

1.2.1.1. El artículo 5 del Anexo I de la resolución en pugna regla que “*En el caso de las personas menores de edad y las declaradas incapaces por sentencia judicial deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión, haciéndoles saber las consecuencias de la práctica y las alternativas existentes. En este proceso también participarían las personas que por ley ejerzan su representación legal*”.

A su vez, el **artículo 11** dispone “*Para la atención de aborto no punible, contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, en los que el embarazo sea prohibido de un atentado al pudor de una víctima con discapacidad mental, deberá constar:*
a) Consentimiento de ellos representantes legales, prestado ante ellos profesionales médicos que llevarán a cabo la intervención. b) Declaración jurada de ellos representantes legales, conforme el modelo aprobado en el anexo. c) Declaración de insania, debidamente certificada o certificada que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedito por la autoridad competente”.

Finalmente, el **artículo 13** establece que “*Cuando correspondiera que el representante legal de la mujer embarazada, manifieste el consentimiento, ya sea por*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4

tratarse de menores de edad o personas declaradas incapaces por sentencia judicial, estos deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión en el que también deberán participar las personas que por ley ejerzan su representación legal. Para el caso que el delito de violación haya sido cometido contra una niña o adolescente, corresponde dar intervención a la Consejo de los Niños, Niñas y Adolescentes”.

De la lectura del articulado reseñado puede concluirse que a fin de someterse a una intervención abortiva, la mujer con discapacidad intelectual/psico-social deberá ser informada del procedimiento en presencia de quienes ejerzan su representación legal, los cuales deberán prestar su consentimiento (esto último, conforme lo establecido en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal).

Asimismo, se deberá efectuar una declaración jurada por parte de éstos últimos y acompañar una declaración de insania debidamente certificada, o un certificado que acredite que la mujer padece una discapacidad mental.

Al adentrarse al análisis de los artículos señalados se llega a la conclusión de que la voluntad de la mujer discapacitada intelectual/psico-social se vería sustituida por la de su representante legal.

En esta inteligencia, corresponde memorar que la concepción tradicionalista de la curatela describe la misma como “... *institución destinada al gobierno de la persona y los bienes de los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes, por haber sido declarados interdictos por demencia*”⁴. No obstante que *prima facie* aparenta que el objeto de la figura sería sólo la protección de los bienes de aquélla, el fin de la institución se dirige a la protección del declarado incapaz y a lograr su recuperación, en la procura que el representado supere la causa que ocasionara su incapacidad, así como el gobierno de su persona.

Destáquese a todo evento que los actos de carácter personalísimo podrán ser ejercidos por el insano en tanto y en cuanto no se dañen o afecten sus intereses⁵.

Un concepto evolutivo de la salud mental supone “... *una cierta dosis de plasticidad, libertad y creatividad, capacidad de cuestionarse y cuestionar*”⁶ y, en esta inteligencia, “... *el derecho a la salud mental como un derecho humano implica por sí la garantía o satisfacción de una serie de derechos inherentes a su reconocimiento, a saber: el derecho a la internación y a resistir la internación, el derecho a ser informado, al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación adecuados, a recibir el tratamiento menos represivo, a negarse a recibir un tratamiento determinado, el derecho al debido*

⁴ PERRINO, Jorge Oscar; *Derecho de Familia*, Tomo II, 1° ed., LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2006; página 1851, con cita a BELLUSCIO, Augusto C.

⁵ PERRINO, Jorge Oscar; *Derecho de Familia*, Tomo II, 1° ed., LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2006; página 1861.

⁶ http://www.apdh-argentina.org.ar/comisiones/salud_mental/etica.htm; página de la Asamblea Permanente

proceso y a las garantías judiciales en el juicio de internación, el egreso y al alta médica, a la comunicación, a la seguridad, a la indemnidad y a la dignidad, a la protección del patrimonio, a la no discriminación, a la confidencialidad, a la asistencia en comunidad, a la rehabilitación y resocialización”⁷ (destacado añadido).

Ahora bien, cabe señalar que la evolución normativa en el ámbito internacional muestra una tendencia al reconocimiento cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos por parte de las personas con algún tipo de discapacidad intelectual/psico-social.

A fin de ilustrar dicha cuestión recuérdese que mediante el dictado de la Ley 26.657⁸ el Ministerio de Salud de la Nación dispuso que “... en el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricas, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya prevención y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociedades de toda persona. **Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas**”.

A su vez, la norma en cuestión establece el derecho de las personas con discapacidades intelectuales/psico-sociales a ser acompañadas antes, durante y luego del tratamiento por familiares u otros afectos que aquélla designe (art. 7 inc. e), y el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades (art. 7 inc. k).

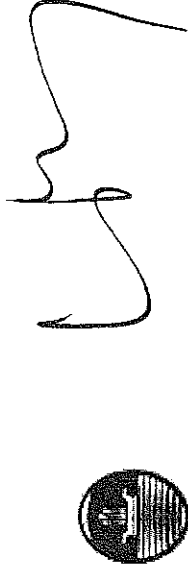
Por su parte, resulta vital el cumplimiento de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad a partir de su suscripción por la Argentina, cuya aprobación fuera dispuesta mediante la Ley 26.378. Téngase presente que a mérito de la sanción de dicha norma, la precitada Convención tiene jerarquía supra legal (conf. art. 75 inc. 22 de la CN).

De acuerdo a lo reseñado en el punto II.1.2. del instrumento internacional, éste prevé el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidades intelectuales/psico-sociales al tiempo que insta a los Estados a efectivizar un sistema de apoyos y salvaguardas con el fin de asistir a las mencionadas personas en el ejercicio de sus derechos.

Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “L. A. L.” que “... la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con patecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”. *Lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una*

⁷ Por los Derechos Humanos.

⁸ F.A.M.A. María Victoria - HERRERA, Marisa - PAGANO, Luz María; *Salud mental en el derecho de familia*, 1^o ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008; página 70.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

*discapacidad mental, sino a un prejuicio que los denigra en cuanto sujetos plenos de derechos*⁹.

Desde esta óptica, los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último.

En este orden de ideas, pueden cumplir dicha función los asistentes personales o pares (otras personas con discapacidad), amigos o cualquier otra persona, con el requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

Con las consideraciones previas *in mente*, toda vez que la aplicación de la doctrina contenida en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta de ineludible aplicación por parte del Estado Argentino, **corresponderá ordenar al GCBA que arbitre los medios a efectos de crear un sistema que sirva de apoyo y salvaguarda para las mujeres con discapacidad intelectual/psico-social que pretenden se les practique un aborto, en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal.**

Téngase presente que en virtud de lo allí previsto, la conformidad del representante legal resulta ser ineludible a efectos de que la práctica abortiva se ejecute.

Destáquese asimismo que de acuerdo al informe efectuado por el CIERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), **el sistema que regula el artículo 12 del CDPD deberá: 1) respetar la voluntad de las personas con discapacidad,** mediante la utilización de mecanismos y apoyos necesarios para establecer una adecuada comunicación; 2) individualizar el sistema de protección, con consideración de las capacidades de los sujetos, con el objetivo de establecer y adecuar los mecanismos de apoyo, para el ejercicio de aquellos derechos en los que de forma exclusiva se requieren; 3) no sustituir en ningún caso, y por razón de discapacidad, la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos personalísimos; 4) asegurar que los sistemas de apoyo conyuyen al efectivo ejercicio de todos los derechos, y no sólo los de carácter patrimonial; 5) gozar de las garantías y salvaguardas para evitar el conflicto de intereses y la vulneración de los derechos del individuo; por ésta razón, las medidas adoptadas deberán ser proporcionales y estar sometidas a revisiones periódicas¹⁰.

A tenor de las consideraciones expuestas, corresponderá tener por acreditado el **humo de buen derecho** respecto al incumplimiento de las previsiones supra legales dispuestas en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad por parte del GCBA.

⁹ BO 03/12/2010.

¹⁰ CSJN. "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", F. 259 XLVI, considerando 15°

¹¹ <http://www.cermi.es>; informe del año 2008.

1.2.1.2. Resuelta que fuera la primer cuestión tratada a conocimiento del tribunal, seguidamente cabrá abocarse al estudio del segundo subpunto, esto es, **la exigencia de acreditación de la discapacidad intelectual/psico-social de la mujer encinta.**

Memórese que conforme fuera señalado por esta magistrada en la medida *ad cautelam* dictada en el expediente n° EXP 45722/0, la exigencia de cualquier acreditación como la que aquí se analiza propendería únicamente a dilatar el tratamiento de la intervención médica (*vide* punto III de aquélla).

Efectivamente, los únicos requisitos exigidos por el código penal a fin de la práctica de un aborto no punible son: que la práctica sea realizada por un médico diplomado, que se cuente con el consentimiento informado de la solicitante y la autorización del representante legal. Nada prevé la ley de fondo en relación a que deba acompañarse un certificado de incapacidad, ahora exigido por la resolución n° 1252/2012.

Ello luciría como un exceso reglamentario, máxime ante la exhortación de la CSJN a evitar procedimientos engorrosos y burocráticos a fin de garantizar el acceso al aborto no punible.

Destáquese que el Máximo Tribunal entendió que "... **constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en esta premisa que el legislador ha querido otorgar (...)** *conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios (...)* *se debe señalar que esta práctica irregular no sólo conculca las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485".*

El recaudo previsto por la resolución no encuentra fundamento ni en la norma ni el fallo del Tribunal Címero, y constituye un obstáculo más que debe sortear quien requiere la realización de un aborto no punible. Este último crítica fuertemente que se obliga a la víctima de un delito a exponer su vida privada, y enfatiza que la demora que aparece la realización de la práctica pone en riesgo "... *tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras*" (Conf. considerando 1º).

Como corolario de lo expresado, el requisito de acreditación de la discapacidad se traduce en **un exceso reglamentario por parte de la Administración.** lo cual resulta suficiente para tener por acreditado el *fumus bonis iuris* en lo que a dicha cuestión se refiere.

1.2.2. Requisito de acreditación de la gravedad y/o inminencia del peligro.

El artículo 9 del Anexo I de la resolución en crisis establece en su parte



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCAB-4)”, Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4

pertinente que “La atención de aborto no punible en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada en los casos del artículo 86 inciso 1 del Código Penal, deberá efectuarse bajo el siguiente procedimiento: a) El peligro para la vida o para la salud de una mujer embarazada y que este peligro no pueda ser evitado por otros medios, debe ser diagnosticado por el profesional interviniente, quien en caso de estimarlo necesario podrá requerir interconsultas con otros especialistas. El médico deberá hacer constar en la historia clínica la gravedad del caso, por qué considera que debe abortarse en el estado de la ciencia al momento de emitir el informe, las alternativas terapéuticas consideradas, y por qué descartaría cada una de ellas. El/la Directora/a de los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá confirmar el diagnóstico y la procedencia de la interrupción de la gestación. Asimismo deberá disponer los recursos necesarios para la realización del procedimiento”.

Por su parte, el artículo 10 establece en su parte pertinente que “Para la atención de aborto no punible , contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, en los que el embarazo sea producto de violación, deberá constar: [...] b) Declaración jurada prestada por la mujer, o en caso de corresponder de sus representantes legales, en la que manifieste que el embarazo es producto de una violación, conforme el modelo aprobado”.

*Esta limitación, no contemplada en la legislación de fondo, ni en la interpretación realizada por la CSJN en el fallo antes transcrito, constituye otro **exceso en la reglamentación**.*

*En efecto, el requerimiento de que el peligro grave o inminente deba estar acreditado aparecería *prima facie* como un exceso huero de sustento legal.*

Recuérdese en este sentido que el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal habla de “... evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

Así las cosas, al no establecer la necesidad de que los riesgos sean demostrados, la incorporación de dicha condición contraria lo exhortado por la CSJN en el caso “F., A. I.”.

*La CSJN explicita en el fallo de manras que se deberá garantizar la información y la confidencialidad a la solicitante; **evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas**; eliminar los requisitos que no están médicamente indicados y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos para su salud.*

Razón por la cual, de consumo con la ley de fondo que no establece requerimiento alguno de demostrar el riesgo grave e inminente para la excepción a la

punición que consagra y del antecedente del Tribunal Cimero, que tampoco alude al mismo, habrá que atenderse al principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

El único facultado para determinar hasta qué punto existe un riesgo para la vida o la salud de la mujer es el médico tratante, quien podrá estimar la misma desde su experiencia sin que por ello deba requerir mayores elementos a fin de cumplimentar una condición que parecería excesiva, por lo cual esta limitación parecería conteniendo suficiente *finnis* que es menester cautelarmente.

2. Acreditación del *periculum in mora*.

En el plano internacional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XI prevé: "...*toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...*"; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) estipula que: "...*los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*" y la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 indica que "*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, la salud y el bienestar...*". Es así que, a partir del reconocimiento de la jerarquía constitucional de tratados internacionales señalados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, surge evidente la obligación del Estado de asegurar el derecho a la salud de los habitantes.

En el orden local, la obligación del GCBA de asegurarnos el goce pleno de su derecho a la salud, surge de lo prescripto por la Constitución de la CABA cuyo artículo 20 expresamente garantiza el derecho "...*a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente...*".

Finalmente, la ley n° 153 –ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires– también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y establece que esta garantía se sustenta –entre otros principios– en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (art. 3, inc. 4º y 5º).

Este derecho que debe ser entendido como un estado de bienestar físico, mental y social y no sólo como la ausencia de enfermedades, y su debida protección estatal es de máxima relevancia en el caso a estudio en tanto los obstáculos que se pudieran erigir a través del protocolo en cuestión harían pasible de peligrar la previsión del legislador contemplada en el artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal.

La Corte Suprema viene sosteniendo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional¹¹.

La recomendación respecto de este segundo recaudo procesal que el Tribunal Supremo formulara casi admonitoriamente, al decir a su respecto que es precisa

¹¹ CSJN *in re* "Campodónico de Berneque Ana Carolina c/ Ministerio de Salud y Acción Social".



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría nº 4

una apreciación atenta de la realidad, es casi premonitory en el *sibyllic*.

La relevancia de la afectación al derecho a la salud de estas mujeres y niñas adolescentes de no tomarse medidas urgentes se encontraría comprometido al impedir mediante trabas burocráticas el acceso seguro al aborto no punible, frente a lo legislado en los supuestos mencionados del artículo 86.

Se pondera en el *sibyllic* una valoración solidarista que comprende y acepta que la salud que se protege no es únicamente individual y subjetiva de una persona determinada, sino la que reviste naturaleza y calidad de bien colectivo socialmente comprometido en su pluri-individualidad. Por ello, las restricciones apuntadas implicarían un riesgo para la salud como bien colectivo, lo cual cuenta con arraigo en todo lo que de implícito ofrece el sistema axiológico de la constitución. Cuando la salud como bien colectivo sufre amenaza o daño, está a la vez comprometida la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el bien colectivo.

Es que la solidaridad social es un valor que dimana desde el vértice de la Constitución Nacional, y a través de los tratados internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que, desde la segunda posguerra, han consignado los derechos inalienables del hombre que se derivan de la dignidad inherente del ser humano, como el axioma central que deben respetar y hacer respetar los Estados.

A su vez, el preámbulo de la Carta local incluye a la solidaridad entre los derechos que buscaron proteger los estatuyentes, amén de lo patulado en el artículo 20 de la CCABA.

Debe tenerse en cuenta finalmente que la verosimilitud del derecho -en este caso su fuerte probabilidad- y el peligro de un daño irreparable son presupuestos que se relacionan de tal modo que, a mayor ostentación de derecho, corresponde no ser tan rigurosos en la apreciación del peligro del daño y -viceversa- cuando existe el riesgo de un daño irreparable se puede atemperar la exigencia respecto del "*fumus*"¹².

Por lo tanto **el segundo recaudo procesal se concluye que presenta acreditación suficiente para esta pretensión *ad cautelam* frente al bloque de legalidad constitucional precedentemente reseñado.**

3. Interés público comprometido.

Puede advertirse a esta altura de lo expresado que nada agravaría más al

(Folios: 323-3229)

¹² Cam. CAyT, Sala II, "*Banque Nationale de Paris et G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)*", Expediente nº 6/0.

misimo, que el apartamiento de lo dispuesto sin conlapisas, ni valladar alguno desde principios del siglo pasado, a través del código penal en su artículo 86 incisos 1 y 2. El exceso reglamentario de la resolución n° 1252/MSCC/2012 conduciría a borrar con el codo lo que el legislador ha escrito, en regresión del principio de legalidad y de la autonomía personal de las mujeres. La igualdad de varones y mujeres no se desarrolla con igual rigor y fuerza si **aqueellos espacios de decisión que son clave para la mujer –como su sexualidad y reproducción- se vieran debilitados a través de los obstáculos reseñados**, que más bien parecen tratar a la mujer como un agente moral¹³.

3. Finalmente, dado el objeto del presente amparo referido a los bienes colectivos de la salud y la protección y resguardo de las mujeres, niñas y adolescentes susceptibles de encuadrarse en los supuestos del artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal, a quienes intenta proteger, se considera suficiente la **caución juratoria ofrecida** por los actores en el punto IX.5 del libelo inicial.

A tenor de ello y de las probanzas reseñadas precedentemente, surge acreditada con entidad suficiente **la probabilidad exigida para la concesión de esta cautela** dentro de las exigencias legales requeridas para esta medida protectoria provisional.

II

Conducta a seguir

En atención a las contradicciones y exceso reglamentario que evidenciaría el protocolo n° 1252/2012 del Ministerio de Salud del GCBA confrontado con el artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal, dentro de los lineamientos fijados por la CSJN, las normas nacionales e internacionales aplicables al caso reseñadas *in supra*, **se dejan sin efecto cautelarmente los artículos 9 inc. a segundo párrafo y 11 inc. b) y c) del anexo I del protocolo cuestionado** hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Los profesionales médicos, ante la solicitud concreta de una práctica de aborto no punible, deberán adecuar su conducta en los establecimientos hospitalarios conforme las pautas que fueran establecidas en la medida cautelar dictada en los autos *“Rachid, Maria de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”*, expte. n° EXP 45722/0, y las que se detallan a continuación:

- a) No se requerirá la acreditación de la declaración de insania, debidamente certificada o certificada que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedida por autoridad competente.
- b) No se requerirá acreditación alguna respecto de la inminencia de la gravedad del riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, por lo que resultará suficiente la potencialidad de dicho riesgo.
- c) Finalmente, el GCBA deberá arbitrar, en el término de diez (10) días, un sistema de apoyo y salvaguarda que cumpla con las previsiones expuestas en el punto

¹³ Michel, Agustina Ramón, “Aproximación al fenómeno de inaccessibilidad del aborto no punible”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4

II.1.3.1.1. del presente decisorio

A tal fin el GCBA deberá en un plazo máximo de dos (2) días notificar la presente resolución a todos los Directores de los Hospitales a fin de que éstos notifiquen de la misma al personal a su cargo.

III

Consideraciones finales

Previo a concluir no es ocioso recordar que la tradición moral aún imperante contemporáneamente se deriva de la Ilustración. Dentro de ese contexto, la ética de la justicia, surgida en la modernidad, fue plasmada dentro de una sociedad que se debatía en pos de una clase que debía desandar los privilegios basados en el nacimiento.

Más adelante en el tiempo, se buscará superar las consecuencias de una sociedad patriarcal en que el Yo se cristaliza en un sistema de sexo-género.

Rousseau y Kant, por ejemplo, no incluían a las mujeres ni como sujetos del contrato social ni del imperativo moral. Ello en tanto la razón como capacidad de abstracción no era propia de las mujeres, a su entender.

Con estas reflexiones *in mente*, se propicia el cumplimiento de esta medida *ad cautelam*, imbricada dentro de la ética del cuidado, superadora de una ética de la justicia de sesgo patriarcal, en los términos de Gloria Marín ¹⁴.

Con una visión focalizada en la paz social y la aceptación y respeto de la mirada del colectivo de mujeres en toda su diversidad, y consideraciones antedichas, SE RESUELVE:

1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada conforme los términos expresados en el punto II del presente, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en los presentes obrados.

2) Ordenar al GCBA a que en un plazo máximo de cinco (5) días acredite en autos haber dado cumplimiento con las notificaciones ordenadas en el punto II *in fine* de la presente, bajo apercibimiento de ley.

Todo ello, previa caución juratoria que deberá ser prestada por el representante legal designado conforme lo resuelto a fojas 173/176 de estas actuaciones.

Regístrese, notifíquese al GCBA y a la actora por cédula con habilitación de días y horas inhábiles, y a la señora Asesora Tutelar en su público despacho.

II. En atención a que la presente medida remite a la que fuera dictada por

Investigación del CEDES a cargo de Paola Bergallo.

¹⁴ MARIN, Gloria; *Ética de la justicia, ética del cuidado*, 1993.

esta magistrada en los autos *in re* "Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", expte. n° EXP 45722/0, agréguense copia certificada de la misma a estas actuaciones.

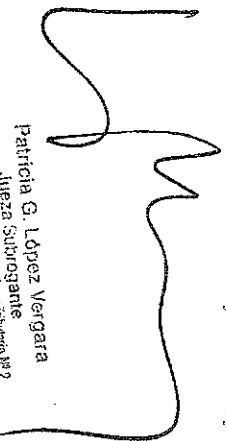
III. En este acto se advierte un error material en la resolución de fojas 173/176. En este sentido, rectifíquese la misma en el sentido que en los puntos 5 y II, en donde dice "*EXP 37925/0*" deberá leerse "*EXP 45722/0*".

Notifíquese conjuntamente con dicha resolución.

IV. En atención al contenido del escrito de inicio, a lo que resulta de las constancias documentales acompañadas y a lo dispuesto por los artículos 14 de la CCABA, 1° y 11 de la ley n° 2.145, córrase traslado de la demanda instaurada al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a los efectos de comparecer, contestarla y ofrecer prueba en el plazo de diez (10) días. **Notifíquese por cédula.**

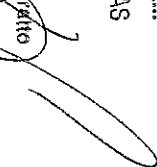
Hágase saber al oficial notificador que la misma deberá diligenciarse en el plazo de un día (artículo 25 de la ley n° 2.145).

Hágase saber a los amparistas que la cédula de notificación al GCBA deberá ser dirigida a la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires, sita en Uruguay 458, Departamento Oficios Judiciales y Cédulas, conforme lo establecen los artículos 1° y 2 del decreto n° 294/1997, el artículo 20 de la ley n° 1218, y el artículo 1° de la resolución n° 77/PG/2006.



Patricia G. López Vergara
Jueza Subrogante
Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Registro Nº **166** Folio Nº **12**
Libro de sentencias INTERLOCUTORIAS
Año: **2013**

Juan Pablo García 
Secretario Intérim
Juzgado de Primera Instancia en lo
Contencioso-administrativo y Tributario Nº 2
Ciudad Autónoma de Buenos Aires