



87

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría nº 4

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de noviembre de 2012.

VISTOS:

1. A fs. 1/11 se presentan **María Rachid**, como legisladora de la Ciudad de Buenos Aires y **Andrés Gil Domínguez**, en su carácter de habitante de la Ciudad e interponen acción de amparo contra el GCBA con el objeto de que se declare la **inconstitucionalidad de los artículos 2 y 17 del anexo de la resolución 1251/2012 del Ministerio de Salud de la CABA**, por la cual se aprobó el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles contempladas en el artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal.

Entienden en particular que los artículos 2 y 17 de la resolución en cuestión violan de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad y la interpretación establecida por la CSJN en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012.

Criticán lo establecido en torno a la intervención del equipo interdisciplinario prevista en el artículo 2 del anexo I de la resolución nº 1251/2012; la confirmación del diagnóstico por parte del Director del Hospital y la procedencia de la práctica en el caso previsto en el inciso 1 del artículo 86 del código penal; las previsiones establecidas en relación al consentimiento para la práctica de aborto no punible en el caso de niñas y adolescentes y la regulación del derecho de objeción de conciencia para cada uno de los casos en que se deba llevar adelante la práctica en cuestión.

Solicitan medida cautelar, la cual es luego modificada como se referirá más adelante.

Fundan en derecho, citan doctrina y jurisprudencia que consideran aplicable, ofrecen prueba y hacen reserva de caso federal.

2. A fs. 27/56 la **Asesora Tutelar General** y la **Asesora a cargo de la Asesoría CAyT nº 1** contestan la vista conferida y **solicitan ser tenidas por parte**, amplían objeto y fundamentos.

Entienden que la falta de recursos profesionales que puedan intervenir en el caso que exista una demandada de aborto, constituye una forma de obstaculizar su realización como así también los artículos del protocolo que disponen la intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario.

Objetan el **art. 9, inc. a)** de la resolución como que instituye un requisito no previsto en el Código Penal y por tal, un obstáculo para el acceso al aborto no punible.

Criticán la regulación efectuada en el **artículo 19 del anexo I** en tanto

estiman necesaria una regulación más detallada y precisa sobre las condiciones para el ejercicio de la objeción de conciencia.

Cuestionan el **artículo 9 del Anexo I** de la resolución en crisis al requerir el consentimiento informado de la mujer embarazada o de su representante legal, toda vez que ello significa que para consentir el aborto no punible se requiere ser mayor de edad. Peticionan su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de autonomía progresiva, por abarcar sólo a las mujeres mayores de 18 años y por violar el principio de progresividad y no regresividad en materia de protección de derechos sociales.

Consideran ilegítimo al consentimiento de las mujeres con discapacidad mental por ser violatorio del principio de dignidad de la persona que el representante legal deba autorizar autónomamente un procedimiento que involucra el cuerpo, la vida y los deseos de la mujer, tal como lo dispone la resolución de marras.

Manifiestan que el hecho de que la resolución contemple que las mujeres con discapacidad "*deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión*" (**conf. arts. 5 y 13**) es importante pero no suficiente, ya que la decisión final de acceder o no en la práctica puede ser tomada por un tercero.

Peticionan que se ordene a la demandada que garantice la práctica médica con intervención de un solo profesional de la salud, y, en tal sentido, se le prohíba al GCBA requerir la intervención del Director del Hospital o de equipo interdisciplinario alguno, así como exigir dictámenes donde conste la gravedad del peligro para la vida o la salud de la mujer.

Finalmente **como medida cautelar solicitan** que se ordene al GCBA que garantice "*... el derecho al aborto no punible a toda niña, adolescente y persona afectada en su salud mental que lo requiera (...). Especialmente pedionamos que, con carácter urgente, se suspenda la aplicación de los artículos del Anexo de la Resolución 1252 en los puntos aquí mencionados*".

2.1. A foja 67 **con motivo del dictado del decreto n° 540/2012**, se les corre nueva vista y agregan "*...que la petición efectuada (...) mantiene plena vigencia*".

3. A fs. 69/79 **los actores amplían objeto** de la demanda y solicitan **nueva medida cautelar**.

Plantean la **inconstitucionalidad del veto dictado por el Poder Ejecutivo mediante decreto n° 504/2012** (de fecha 22/10/2012) por entender que los fundamentos del mismo deben ser "*... constitucionalmente políticos o razonablemente y proporcionalmente jurídicos; no podrán basarse en un mero voluntarismo unilateral o de coyuntura que responda a las necesidades políticas de turno*".

Fundamentan que el Jefe de Gobierno –pese a haber vetado totalmente la ley 4318- sólo argumentó respecto de cuatro artículos de la misma.

Refutan los argumentos vertidos como fundamento del veto. Fundan en derecho.

Solicitan como medida cautelar se ordene al Gobierno de la Ciudad de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría nº 4

Buenos Aires que respecto del procedimiento de atención integral de los abortos no punibles contemplados en los incisos 1 y 2 del art. 86 del código penal, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires se proceda [conforme determinadas pautas respecto] de: 1.- La indicación de salud (...) sea subsumida por el concepto de salud integral; 2.- Los abortos no punibles en caso de embarazos producto de una violación se puedan realizar en cualquier momento del embarazo...3.- El equipo interdisciplinario previsto por el art. 2 y concordantes del anexo de la resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires y del Director del Hospital no deba ser requerido para confirmación del diagnóstico y la procedencia de la práctica de aborto no punible; 4.- Se reputará válido el consentimiento prestado por una niña a partir de los catorce (14) años y, 5.- El derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud sea ejercido por escrito en un plazo máximo de treinta días o al ingreso a la institución.

4. A foja 81 se corre nueva vista al Ministerio Público Tutelar.

A foja 84 la señora Asesora Tutelar toma conocimiento de lo manifestado por la actora.

5. A foja 85 pasan los autos a resolver.

Y CONSIDERANDO

I

Requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Sabido es que para establecer la procedencia de las medidas cautelares, es preciso tener en cuenta que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar.

“La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto 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”¹.

La adopción de la vía cautelar se adelanta así en el tiempo, dentro de este reducido marco cognitivo, al análisis que comparativamente se llevará a cabo en la sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

En el análisis de estas medidas precautorias es menester partir de la base de que ésta debe significar un anticipo asegurador de la garantía jurisdiccional. De allí que, dadas las características del procedimiento adoptado *ad cautelam*, no puede pretenderse más que un somero conocimiento de la materia controvertida, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

La comprobación del *fumus bonis iuris* debe presentarse en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede declararse la certeza de ese derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa comprobación, una prueba plena y concluyente, en tanto ello será materia de la discusión principal del proceso. Empero es necesario como mínimo, un mero acreditamiento.

Estas medidas son procedentes en principio contra actos administrativos, cuya presunción de legalidad cede cuando *prima facie* se alegara su sinrazón sobre bases verosímiles².

Tal verosimilitud debe apoyarse en una credibilidad que descarte la pretensión infundada o al menos cuestionable³. Debe permitir la formulación de lo que Calamandrei llama juicio hipotético⁴, el que se identifica con la naturaleza instrumental que necesariamente conlleva toda providencia cautelar. Dicha doctrina ha sido recogida por la CSJN y por la doctrina⁵.

El *fumus bonis iuris*, constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte, pero resaltando que debe reunir cierta apariencia de buen derecho.

A través del requisito del *periculum in mora*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en torno al mismo, que es necesario "*una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia*"⁷.

En torno a la **no frustración del interés público**, éste constituye la medida y el límite con que estas providencias han de ser decididas. Es decir, debe meritarse, en cada caso, si su dictado resulta menos dañoso para la comunidad que su rechazo de consuno con la aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 189 CCAyT.

Finalmente el último de los requisitos previstos para el dictado de estas medidas es la **contracautela** la cual, cabe señalar tiene por objeto asegurar los posibles daños que pudieran ocasionarse.

Asimismo, debe tenerse presente que los presupuestos mencionados se relacionan de tal modo que cuando existe el riesgo de un daño extremo la exigencia respecto del *fumus* se puede atemperar. Todos estos recaudos se hallan contenidos normativamente en los artículos 177 y 189, incisos 1º y 2º del CCAyT y en el artículo 15 de la ley 2145, ambos sopesados en relación a los perjuicios que pudiere aparejar su concesión

¹ CSJN del 24/07/1991, fallo n° 90078.

² CSJN, Fallos 307:1703; 251:336; 250:154.

³ Cam. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala I, *in re* "Cia. de Radio Comunicaciones Móviles SA -Movicom- c/ EN - Sec. De Comunicaciones Res 3121/97- s/ medida cautelar autónoma" del 28/11/1997.

⁴ Calamandrei, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", trad. Española, Buenos Aires, 1945, pág. 77/78.

⁵ CSJN, Fallos 306:2060.

⁶ Villefin Carlos A. "Medidas Cautelares contra la Administración Pública, en Medidas Cautelares de Eduardo N. de Lázzari", La Plata, 2000, pág. 339.

⁷ CSJN *in re* "Milano Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", del 11/07/1996.



83

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14
CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

frente al interés público en juego.

Es con tal mirada entonces, que se indagará si se hallan reunidos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente, para la procedencia de la petición *ad cautelam*.

II

Sustento jurídico.

II.1. Puntos controvertidos por los amparistas.

Cautelarmente las partes actoras solicitan la actuación de este tribunal en torno a los artículos 2, 9, 17 y 19 del anexo I del Protocolo dictado por resolución n° 1252/2012, en tanto es el criterio de actuación hospitalaria vigente, a raíz del veto dictado por el Ejecutivo a través del decreto n° 504/2012.

Los puntos *subdiscussio* al respecto, conciernen a las siguientes pautas establecidas en dicho protocolo, que **los reclamantes contravierten como limitantes** del derecho que tienen legalmente reconocido las mujeres que se hallen en las situaciones descriptas a través del artículo 86 incisos 1 y 2 código penal: **1.-** Solicitan que la indicación de salud se halle subsumida por el concepto constitucional y convencional de salud integral, emergente de la regla de reconocimiento constitucional argentina; **2.-** Reclaman que los abortos no punibles en caso de embarazos producto de una violación deben poder realizarse en cualquier momento del embarazo y no como se establece en el protocolo con un límite de 12 semanas de gestación; **3.-** Interpretan que la intervención del equipo interdisciplinario previsto por el artículo 2° y concordantes del anexo de la resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, no constituye una instancia de previo pronunciamiento en el marco del procedimiento instituido por la norma; **4.-** Critican que el Director del Hospital deba ser requerido a efectos de confirmar el diagnóstico y la procedencia de la práctica de aborto no punible, tal como resulta del artículo 9 del anexo I del protocolo dictado por el Ministerio de Salud. **5.-** Sostienen que el consentimiento prestado por una niña o adolescente a partir de los catorce (14) años, a efectos de la realización de un aborto no punible, debe ser válido y no como establece el anexo I del Protocolo en su artículo 5°, que habilita sólo a los mayores de edad a prestar su consentimiento informado. **6.-** Peticionan que los/as profesionales de la salud en actividad que ejerzan el derecho a la objeción de conciencia, deben realizarlo mediante declaración escrita presentada ante las autoridades del establecimiento que corresponda, en un plazo máximo de 30 días de establecidas las pautas o al momento de su ingreso a la institución, lo que primero ocurra. Ello, a diferencia de los establecido al respecto por el artículo 19 del protocolo en cuestión que permite que el profesional de salud pueda en cada caso en particular prestar una declaración en donde manifieste que ejercerá la objeción de conciencia.

II.2. Análisis de la acreditación de la verosimilitud.

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.**

II.2.1. A tales fines se indagará la legalidad amparada en dicho *fumus*. Para ello habrá de contrastarse la resolución n° 1252/2012, tachada por los actores como irrita, con el siguiente **sustento jurídico normativo**: las directrices emanadas de los tratados internacionales que conforman nuestro ordenamiento constitucional por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, las observaciones que los Comités internacionales formulan en interpretación al orden constitucional, conforme doctrina de la CSJN *in re "Giroldi"*⁸; Constitución Nacional en sus artículos 19, 33 y 75 inc. 22; la Carta Magna 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° 26.061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes; de las leyes locales de salud n° 153 y 418 y demás normas dictadas en consecuencia derivadas de la pirámide jurídica que se ha 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. Ello, en respeto a la obligatoriedad de los fallos de la Corte federal, en tanto no se aportare nueva argumentación no considerada por dicho Tribunal Supremo (Conf. CSJN *in re "Cerámica San Lorenzo"*)⁹.

Asimismo se ponderará la opinión vertida ante la Legislatura local por la señora Asesora Tutelar General, quien asimismo es una de las partes involucradas en el *subjudice*, a tenor de lo resuelto a foja 62.

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

II.2.3. 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

⁸ CSJN, Recurso de Hecho, "*Giroldi Horacio David y otro s/ recurso de casación*", del 7 de abril de 1995. En este fallo la CSJN resolvió que la jerarquía constitucional de los Tratados ha sido establecida por voluntad del legislador, en consecuencia **le correspondía aplicar los tratados internacionales a los cuales el país está vinculado de lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.** La Corte Interamericana precisó que los Estados parte deben garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades a toda persona sujeta a su jurisdicción. "... *que los Estados se abstengan de reglamentar los recursos adecuados para proteger esos derechos implica una violación al artículo 1º de la Convención*".

⁹ CSJN, "*Incidente de Prescripción Cerámica 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 (confr. doc. De Fallos 25:365). De esa doctrina y de la de Fallos 212:51 y 160 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

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría nº 4

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 otros¹⁰, así como razones de economía procesal también lo aconsejan.

II.2.4. Sustento normativo emanado de Pactos internacionales y observaciones de sus respectivos Comités.

II.2.4.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica).

Los Estados parte convienen en el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral (artículo 5). El **artículo 11** garantiza el respeto de toda persona de su honra y el reconocimiento de su dignidad y dispone la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada garantizando la protección de la ley contra esas injerencias.

II.2.4.2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

El Protocolo de San Salvador, consagra en su **artículo 10** el derecho a la salud entendido como “...*el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”.

II.2.4.3. Comité de Derechos Humanos¹¹.

En el **punto 13** de las observaciones finales del 17º periodo de sesiones “*El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo*”.

Asimismo, insta al país a “... *modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas*”, y a “...*adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal*”.

II.2.4.4. Convención de los Derechos del Niño.

El **artículo 12** de la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho de los mismos a expresar su opinión y ser escuchado. A tal efecto dispone que los Estados partes deberán garantizar “... *al niño que esté en condiciones de formarse un juicio*

¹⁰ CSJN Fallos 9:53; 215:51; 212:251.

propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” y que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

II.2.4.5. Comité de los Derechos del Niño.¹²

En el 54º periodo de sesiones el Comité de los Derechos del Niño expresa su preocupación por “el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal”.

II.2.4.6. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Mediante el artículo 2 inc g) los Estados parte convienen “Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

II.2.4.7. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹³.

En las observaciones finales del 46º periodo de sesiones el Comité en el punto 37 se observa que: “... el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva sigue constituyendo un grave problema para las mujeres argentinas.” y “... expresa además su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal”.

En tanto que en el punto 38 “insta al Estado parte a que asegure el acceso de las mujeres y las adolescentes a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva (...). a que adopte todas las medidas necesarias para reducir aún más la elevada tasa de mortalidad materna” y a que “revise la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres”. Así como exhorta a que la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles”, sea aplicada en todo el país de manera uniforme “de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo”.

II.2.4.8. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁴.

El citado Comité en la 17º periodo de sesiones recomendó en el punto 319 que el país revisara la legislación por la que se penaliza a las mujeres que optan por el aborto.

¹¹ Comité de Derechos Humanos. **Observaciones finales, 98º periodo de sesiones** celebrado el 22/03/2010.

¹² Comité de los Derechos del Niño. **Observaciones finales, 58º periodo de sesiones**, del 21/06/2010.

¹³ Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. **Observaciones finales, 46 periodo de sesiones** del 16/08/2010.

¹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. **Observaciones finales, 17º periodo de sesiones**. 1997.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

II.2.4.9. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por el **artículo 12** se reconoce el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

II.2.4.10. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁵

El Comité de referencia en las observaciones finales del 47º periodo de sesiones en su **Punto 22** recomienda “...*que adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto*”.

III

Análisis particularizado de la pretensión cautelar. Confrontación en torno a los artículos del anexo I de la resolución n° 1252/2012.

En este punto del análisis corresponderá efectuar el confronto entre las disposiciones contenidas en la resolución n° 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, dentro de los lineamientos efectuados por la CSJN en el fallo “*FAL*”.

III.1. Intervención del Equipo interdisciplinario prevista en el artículo 2 anexo I.

El **artículo 2** dispone “*En los supuestos contemplados en los incs.1) y 2) del art. 86 del código penal los profesionales intervinientes, previa acreditación y cumplimiento de los recaudos exigidos en dicha norma y con el consentimiento informado sujeto a la normativa vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, efectuarán la práctica para el aborto, conforme a las reglas del arte de curar, sin necesidad de requerir autorización judicial. Se deberá requerir la intervención de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo establecido en el Capítulo II y IV del presentes*”.

Ello importa una remisión al artículo 18 que trata lo atinente a la conformación del equipo interdisciplinario.

La intervención prevista a criterio de los reclamantes propendería únicamente a dilatar el tratamiento de la intervención médica.

Efectivamente, los únicos requisitos exigidos por el código penal a fin de la práctica de un aborto no punible son: que la práctica sea realizado por un médico diplomado y que se cuente con el consentimiento informado de la solicitante. Nada prevé la ley de fondo en relación a la intervención de un “equipo interdisciplinario” ahora exigido

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Observaciones finales, 47º periodo** de sesiones del 14/12/2011.

por la resolución nº 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.

Así, en el considerando 24 del fallo en análisis la Corte señala que *"... el aborto no punible es aquel practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta" (artículo 86 del código penal) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta. pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este premisa que el legislador ha querido otorgar (...) las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes 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 contraviene 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 si 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 Cimero, y constituye un obstáculo más que debe sortear quien requiere la realización de un aborto no punible. Este último critica fuertemente que se obliga a la víctima de un delito a exponer su vida privada, y enfatiza que la demora que apareja 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 19).

Advierte también a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades una vez enfrentados a la situación fáctica contemplada.

Finalmente, exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los **efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos** (v. considerando 29).

Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad rememora los fundamentos de la Corte Suprema de los EEUU (casos *'Roe v. Wade'*[410 US 113] y *'Doe v. Bolton'*[410 US 179]) que acudía al derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las que *"dominan la decisión de los padres y el consejo médico"*; las que no pueden ser desconocidos o restringirse *"con la exigencia de requisitos extremos de verificación médica"*.¹⁶

Por las consideraciones antedichas, dentro del marco de violencia institucional que el último interprete de nuestra Constitución ha sujetado la derivación de la

¹⁶ TSJ, "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA)", del 26/12/2000, voto



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

exigencia a todo profesional de la salud en estos casos se considera acreditado el *fumus* de buen derecho en relación a la pretensión actora en torno a la falta de sustento de la intervención previa del equipo interdisciplinario ante la solicitud de realización de un aborto no punible.

III.2. Plazo límite de 12 semanas de gestación establecido en el artículo 17 de la resolución n° 1252/2012.

Esté establece el referido límite temporal para la realización del aborto no punible en los casos de violación o atentado al pudor que autoriza el artículo 86 inciso 2 del código penal.

Esta limitación, no contemplada en la legislación de fondo, ni en la interpretación realizada por la CSJN en el fallo antes transcripto, constituye otro **exceso en la reglamentación**. El mismo debiera estar fijado por el profesional médico actuante quien es el competente desde el punto de vista técnico quirúrgico, y que se halla habilitado en el ámbito de su conocimiento.

Por otra parte, tampoco se fundamenta el tope impuesto para ello, por lo cual aparecería *prima facie* como un exceso huero de sustento legal.

Cabe imaginar el supuesto de una hipotética mujer víctima de violación, que siguiera todos los trámites establecidos en la resolución en crisis, lo cual en este ejemplo de resorte didáctico conduce a la siguiente secuencia: al concurrir al efector de salud debería presentar una declaración jurada denunciando que el embarazo es producto de una violación o en su defecto acompañar la denuncia policial (conf. artículo 10), prestar el consentimiento informado para la realización del aborto no punible, esperar que el médico que la atiende no sea objetor de conciencia y si lo es deberá pasar a otro profesional, luego otra espera para que se forme el equipo interdisciplinario, recibir de acuerdo al artículo 12 información sobre prestaciones sociales o la posibilidad de continuar el embarazo y dar en adopción al nacido. En síntesis, atravesar una verdadera etapa de disuasión, para finalmente, y siempre que no hayan pasado las 12 semanas de gestación, lograr acceder al aborto no punible. Se plantea una carrera de obstáculos cual juego de la oca en el que llegar a la meta se convierte en tarea más que improba y azarosa.

Al margen de esto, la mujer o niña víctima de violación, en dicho escenario, fue entrevistada por varias personas y profesionales con todas las cuales tuvo que revivir su experiencia traumática, sometiéndose así a nuevos ultrajes.

En este sentido, la Asesora Tutelar General cuestiona por irrazonable la limitación de acceder al aborto no punible luego de la duodécima semana de gestación. Ello, a la luz de la situación fáctica de las mujeres que pretenden acceder a la práctica médica. Debe tenerse en cuenta que en muchos casos tales violaciones se producen dentro

del seno de la familia, lo que obstaculiza que la niña o adolescente pueda verbalizarlo y darse cuenta que está embarazada.

La CSJN explicita en el fallo de marras 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 consuno con la ley de fondo que no tabula plazo de corte alguno para la excepción a la punición que consagra y del antecedente del Tribunal Cimero, que tampoco alude a segmento temporal alguno, habrá que atenerse al principio *ubi lex non distinguit, nec nos distiguere debemus*.

Máxime cuando la distinción establecida lo es sólo para el caso previsto en el artículo 86 inciso 2 del código penal, norma que –se reitera– no establece requisitos de práctica diferente para los dos casos de aborto no punible.

El único facultado para determinar hasta qué plazo de gestación puede realizarse el aborto es el médico tratante; por lo cual esta limitación aparecería, como excesiva, abusiva e irrazonable conteniendo suficiente *fumus* que es menester cautelarmente.

III.3. Consentimiento informado requerido en el artículo 9 inciso b de la resolución en crisis.

Si a esa suerte de juego perverso anteriormente descripto se le agregara en la secuencia antes desarrollada el casillero del consentimiento del representante legal, la víctima jamás llegaría a tiempo para que se le garantice la práctica antes de las 12 semanas de gestación.

Ello, por cuanto la resolución n° 1252/2012 establece en su artículo 9 inc. b que *“Deberá requerirse el consentimiento informado de la mujer embarazada o de su representante legal de acuerdo con la normativa vigente (...). En los supuestos de personas menores de edad deberá requerirse el consentimiento de su representante legal. Si no cuentan con representante legal deberá darse intervención al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”*.

Esto significa, tal como lo expresa la Asesora Tutelar, que el consentimiento de las niñas y adolescentes no es requerido, sino sólo el de su representante legal. Ello conduce a distintas disyuntivas.

En primer lugar, no se establece qué procedimiento se seguiría si el representante legal presta su consentimiento informado en contra de la voluntad de la menor, o a la inversa la voluntad de la niña o adolescente es terminar con el embarazo y el representante legal no presta su consentimiento. Se impide a la niña o adolescente tomar decisión sobre su propio cuerpo y con este condicionamiento legal se ventila su intimidad de la que pareciera no ser dueña.



49

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

Esta disposición vulneraría el principio de autonomía progresiva de las niñas y adolescentes consagrado en la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño, Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (L. 26.061)¹⁷, el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad, la ley local de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes n° 418 y particularmente la regulación del consentimiento informado efectuada por el decreto n° 2316/2003¹⁸.

En este sentido se expidió el TSJ en el fallo “Liga de Amas de Casa”¹⁹, en el que se estableció la aptitud de los niños, niñas y adolescentes para tomar decisiones relacionadas con sus planes de vida. Ello, en consonancia con lo establecido en la Constitución de la Ciudad que en su artículo 39 *“reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes”*.

Por otra parte, el propio Ejecutivo, a través del decreto n° 2316/2003 reglamentario de la ley 153, cuando regula el consentimiento informado presume que los

¹⁷ Ley 26.061 Publicado en el Boletín Oficial 30.887 del 18/04/2006. En lo pertinente la ley citada dispone: artículo 1° .- Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. artículo 2°.- La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. artículo 24°.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. artículo 27.- Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

¹⁸ Decreto n° 2316/2003. Publicado en el BOCABA n° 2816. Modifica artículo 4 inc. h del reglamento de la ley básica de salud de la CABA respecto al consentimiento informado. Dispone que toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. **Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello**; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos).

¹⁹ TSJ, “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción

niños, niñas y adolescentes que requieren por sí atención en un centro de salud, están en condiciones de formarse un juicio propio con suficiente razón y madurez.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional contiene un concepto superior de autonomía y capacidad de los menores que debería primar sobre el contenido en el artículo 921 del código civil.

Tal como lo expresara en su voto la Jueza Ana María Conde en el fallo citado, "...[debe] admitirse que la ley civil de fondo constituye un ordenamiento legal de jerarquía inferior a la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional, por lo que evidentemente corresponde estar a lo dispuesto en el tratado internacional, que no fija una edad determinada para el ejercicio de los derechos que enuncia. De acuerdo con el tratado internacional, cuando no obstante la minoridad un hijo, ya tiene discernimiento titulariza derechos que cabe situar en el espacio constitucional de su autonomía personal (Bidart Campos, "Patria Potestad y autonomía personal de los hijos", L.L., 7-9-2000). Ello surge con claridad de los arts. 12, 13 y 14 de la Convención, que reconocen el derecho a la libre opinión, a la libre expresión—incluido en éste el de buscar y recibir información— y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión., según lo estipula el art. 12 al señalar que: '...los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio...', en obvia referencia al discernimiento. Finalmente, el art. 14 que obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, reconoce en el punto 2 los derechos y deberes de los padres de '...guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades...', retomando la idea de que el menor con discernimiento puede decidir válidamente".

Por las consideraciones expuestas se deberá cautelarmente pedir el consentimiento informado a las niñas y adolescentes a partir de los catorce años, prescindiéndose del consentimiento del representante legal. Ello, por cuanto debe primar la concepción de autonomía progresiva consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niños de jerarquía constitucional.

Ergo, se entiende suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho pretendida por los actores en este punto.

III.4. Objeción de conciencia del profesional médico reglado en el artículo 19 de la resolución n° 1252/2012.

La resolución dictada por el Ministerio de Salud local, establece que aquélla deberá ser manifestada en cada oportunidad. Es decir, que en cada caso de aborto no punible que se presente el médico podrá formular su objeción de conciencia a la práctica atenor de este artículo del protocolo.

Esta modalidad expresamente contradice lo dispuesto por la Corte Suprema en el fallo "FAL" que establece que los profesionales de la salud deberán formular su objeción de conciencia dentro de un determinado plazo de vigencia del



44

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

protocolo a implementarse o cuando comiencen la relación laboral si ésta es posterior.

No se cuestiona el derecho de los profesionales de la salud a ser objetores de conciencia. Pero su ejercicio puede afectar severamente el derecho de la solicitante, y poner en riesgo el acceso al procedimiento en un tiempo razonable.

Es que, el mecanismo implementado por la resolución hace prevalecer la valoración moral del profesional por sobre quien requiere la práctica del aborto no punible.

El derecho de unos se transforma así en el calvario de otras.

Así las cosas este favorecería la discriminación y/o valoración moral del profesional hacia quien requiera la práctica del aborto no punible. El profesional, según el caso, podría escudarse en una objeción de conciencia para no practicarlo, pudiendo cambiar de opinión a diario según su merituación del caso concreto, transformándose en un juez moral de quien se encuentra en esa situación.

Por el contrario, establecer un momento para ejercer la objeción de conciencia no vulnera ningún derecho del profesional. Las creencias o cuestiones de conciencia –aunque puedan modificarse- en general no fluctúan ante cada situación particular. Puede validamente decirse que éstas implican una cierta vocación de permanencia. Un profesional que cambie de parecer ante cada caso particular, más que una objeción de conciencia estaría planteando una objeción a cumplir con sus deberes profesionales.

A fin de conciliar los dos derechos en juego –el del profesional a la objeción de conciencia y el de la mujer al aborto no punible- aparece razonable exigir al médico que ejerza su derecho en un plazo prudencial y para todos los casos, tal como lo exhortara la CSJN, y no en cada caso en particular como lo prevé la resolución en crisis.

El Máximo Tribunal entiende que corresponde realizar una interpretación amplia del artículo 86 inciso 2 del código penal y que desde esa perspectiva y conforme el principio de reserva constitucional contemplado en el art. 19 CN concluye que la realización del aborto no punible no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial (v. considerando 8°).

No es ocioso recordar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación y que ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva que se realiza en nuestro país del código penal.

Es, que las restricciones antes analizadas exhalan en cada supuesto reseñado un desdén hacia los derechos de las mujeres, en la medida que se impondrían requisitos irracionales, desproporcionados y sospechosos, frente a la sencillez prescriptiva que surge de la lectura del artículo 86 incisos 1 y 2 del código penal. **Es que no basta con**

consagrar derechos legislativamente si las condiciones habilitantes para su ejercicio se terminan desplegando de una manera intrincada y erizada, de suerte que desvirtúen y entorpezcan el mandato del legislador.

Por lo tanto, a mérito del análisis precedente y verificada la existencia de contradicciones entre las disposiciones contenidas en el protocolo hospitalario descrito y el bloque de legalidad constitucional e infraconstitucional y los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "FAL", no cabe más que concluir que en este estado larval del proceso se considera abonado el olor de buen derecho requerido en el *subexamine* para la pretensión *ad cautelam* solicitada.

IV

Análisis de la existencia 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 asegurarles 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 nº 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. "d" y "e").

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



45

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

tratados con jerarquía constitucional²⁰.

La recomendación respecto de este segundo recaudo procesal que el Tribunal Supremo formulara casi admonitoriamente, al decir a su respecto que es precisa una apreciación atenta de la realidad, es casi premonitoria en el *sublite*.

La relevancia de la afectación al derecho a la salud de estas mujeres 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 *subjudice* 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 pautado 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*”²¹.

Por lo tanto el segundo recaudo procesal se concluye que presenta acreditación suficiente para esta pretensión *ad cautelam*.

²⁰ CSJN *in re* “*Campodónico de Beviacqua Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social*” (Fallos: 323:3229)

²¹ Cam.CAyT, Sala II, “*Banque Nationale de Paris c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, Expediente n° 6/0.

V

Interes público comprometido.

Puede advertirse a esta altura de lo expresado que nada agravaría más al mismo, que el apartamiento de lo dispuesto sin cortapisas 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° 1252/2012 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 **aquellos 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 moral²².

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 prestada** por los actores en el escrito de inicio (v. punto VI.4).

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.

VI

Concepciones en torno a la relación entre derecho y moral.

Exhortación de esta magistrada.

Quisiera recordar aquí la dificultad que comporta esta decisión cautelar a alcanzar en tanto la cuestión a decidir se encuentra atravesada no sólo por normas vinculantes por nuestro ordenamiento jurídico de la más alta jerarquía, sino que incide fuertemente en la concepción misma que se adopte en torno a la relación entre moral y derecho.

Quienes cultivan emblemáticamente una interdependencia férrea entre ambos, sienten que todo comportamiento inmoral debe ser prohibido también por el brazo secular del derecho. Tal como si acompañaran en simbiosis pecado y delito.

Desde el punto de vista diverso, se considera que dentro de un estado laico no puede privilegiarse a ninguna de entre todas las creencias y valores que cada habitante de este suelo apoye y sostenga con el fervor de sus convicciones.

La tolerancia en término del iluminismo de Voltaire o del liberalismo religioso de Locke es una reliquia que atesoramos tras atravesar cruentas guerras, a veces con el estandarte de banderas confesionales que han desembocado en el aniquilamiento de quienes no pensaban a semejanza de otros.

En palabras de Dworkin *"Si se acepta que en un Estado democrático*

²² Michel, Agustina Ramón, "Aproximación al fenómeno de inaccesibilidad del aborto no punible".



96

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID MARIA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722 / 0, Secretaría n° 4

*liberal, el Estado no debe intervenir en materias reservadas a la creencia de los individuos, como las convicciones religiosas, la moral sexual, etc., entonces la consecuencia será que los opositores al aborto podrían seguir firmes en sus convicciones religiosas acerca del mejor modo de respetar la santidad de la vida, pero sin poder pretender a la vez imponer tales convicciones al resto de la comunidad”.*²³

Evidentemente que a partir del principio laico y liberal que adviene a una separación entre derecho y moral a través de este decisorio se es consciente de los valladares a la autodeterminación de mujeres que este protocolo conllevaría de no suspenderse la aplicación de los artículos mencionados.

Por lo cual, en respeto al pluralismo moral y creencias axiológicas diversas, el derecho autoriza a que cada persona realice sus propias opciones morales dentro de dicho pluralismo, y desde esa atalaya se habrá de hacer lugar parcialmente a la cautela peticionada.

Esta jueza es conciente que sendas concepciones en torno a derecho y moral en este tema denotan una incompatibilidad difícil de conciliar y, dado que en el dominio moral no se avizora posibilidad de entendimiento alguno entre ambas posturas, **este tribunal exhorta también a una aceptación recíproca "sostenedora" de ambas concepciones, sin blandir el anatema contra los partidarios de una u otra.**

Es que la pretensión de imponer al otro sus propias valoraciones morales caería dentro de lo que Richard Hare describe en Freedom and Reason como fanatismo: “Es la actitud de quien persigue la afirmación de los propios principios morales dejando que estos prevalezcan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso y permaneciendo indiferente frente a los enormes daños que su actuación ocasiona a millones de seres humanos.”²⁴

El sacrificio y el sufrimiento que cada mujer conlleva en su seno, ya sea frente a una violación o ante el supuesto de una enferma mental víctima de un ataque a su pudor o en el caso de una mujer que corriera peligro su vida o su salud de seguir adelante con el embarazo, es demasiado íntimo y personal como para que un tercero, a través del Estado, pudiera imponerle su propia visión, por muy dominante que ésta haya sido en el recorrido de la historia y la cultura de las religiones. Soslayar los imperativos espirituales de cada uno al optar por su plan de vida es atentar contra el corazón de la libertad, la privacidad y autonomía de cada mujer, niña o adolescente que se halle en las situaciones descriptas.

En este centro vital de la libertad se imbrica el derecho a definir su propio

Investigación del CEDES a cargo de Paola Bergallo.

²³ Dworkin, Ronald, “El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”. Traducción español de R. Caracciolo y V. Ferreres. Ed. Ariel, Barcelona 1994.

²⁴ Hare Richard, “Freedom and Reason”, Ed. Oxford University Press, 1963.