



Expte. n° 13918/16 “Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

Buenos Aires, 10 de octubre de 2018

Vistos: los autos indicados en el epígrafe;

resulta:

1. María Rachid, en su carácter de legisladora de la Ciudad, y Andrés Gil Domínguez, como habitante de la Ciudad, interpusieron amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 17 del anexo de la resolución n° 1251/2012 del Ministerio de Salud por lesionar los arts. 18 y 75 inc. 12 y 22 CN, art. 10 CCABA y la interpretación establecida por la CSJN en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” (fs. 1/11 vuelta).

En su presentación reseñaron los argumentos expuestos por la CSJN en el caso antes mencionado. La interpretación integró la fundamentación de la acción para demandar la inconstitucionalidad de la resolución en cuestión. Dijeron que “el Alto Tribunal establece de forma expresa las condiciones de aplicación efectiva del art. 86 (2) CP: 1) solamente se exige la actuación de un solo profesional de la salud, puesto que requerir la intervención de más profesionales, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego respecto de la no punibilidad y del pleno ejercicio de los derechos de la mujer que el legislador estableció; 2) no se admite ninguna clase de solicitud de consultas y obtención de dictámenes por cuanto conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación...; 3) la insistencia de los médicos intervinientes en desarrollar conductas o prácticas obstructivas, es considerada una barrera al acceso a los servicios de salud...; 4) el estado como garante de la administración de la salud pública, es el que tiene la obligación — siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible— de poner a disposición de la mujer...; 5) las autoridades nacionales y provinciales deben implementar y hacer operativos,..., protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas de acceso a los servicios médicos” (fs. 6 y vuelta). A su vez,

señalaron que los alcances de la interpretación de la CSJN revisten la misma supremacía que la CN y de conformidad con el art. 31 CN, las constituciones provinciales se subordinan a la CN y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, *más* la interpretación realizada por la CSJN y los órganos de aplicación e interpretación de tales instrumento.

Finalmente, para sustento de la inconstitucionalidad, demarcaron como puntos básicos contrarios a la interpretación del supremo tribunal de los alcances dados al art. 86 (2) CP, los siguientes:

i) la intervención del equipo interdisciplinario previsto por el art. 2 y concordantes del anexo de la resolución n° 1251/2012 es una instancia de previo pronunciamiento que conculca la interpretación constitucional y convencional de acuerdo al fallo citado porque no se cumple con la máxima de abstención de imponer obstáculos médicos, burocráticos o judiciales para acceder a la intervención. También implica un acto de violencia institucional en los términos de la ley n° 26485;

ii) el requerimiento a que la Dirección del Hospital confirme el diagnóstico y la procedencia de la práctica constituye una carga desproporcionada porque somete a la opinión de varios profesionales de la salud la autorización para realizar el aborto no punible;

iii) las prácticas de solicitud de consultas conspiran contra lo señalado por la CSJN en que sólo se ha dispuesto la declaración jurada de la mujer prestada ante el/la profesional de la salud;

iv) Las previsiones contempladas en la resolución para la práctica de aborto no punible en el caso de NNyA y personas con discapacidad resulta violatorio de la norma vigente porque no se respetan las garantías mínimas de capacidad progresiva y la regla de la capacidad fijada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; y

v) la permisión de la objeción de la conciencia en la resolución, es obstaculizadora del ejercicio contemplado en la norma vigente y compromete el acceso a la salud.

En el escrito de demanda, la parte actora solicitó una tutela cautelar dirigida a no innovar y suspender la aplicación de la resolución n° 1251/2012 del MS.

2. Al tomar vista, el Ministerio Público Tutelar se presentó como co-actor y amplió el objeto del amparo. Así solicitó que se ordene al GCBA a garantizar el derecho a la salud integral de NNyA y mujeres con padecimiento en su salud mental, a remover los obstáculos que en la práctica impidan el aborto no punible y elaborar una regulación más detallada de las condiciones para el ejercicio de la objeción de conciencia (fs. 31/56 vuelta).



Expte. nº 13918/16

3. Luego, la parte actora amplió el objeto de la demanda dirigido contra el decreto nº 504/2012 mediante el cual el Jefe de Gobierno de la Ciudad vetó en su totalidad la ley nº 4318. Asimismo, solicitó una segunda medida cautelar innovativa (fs. 69/79). En esta nueva exigencia, la actora consideró que el decreto nº 504/2012 adolece de invalidez formal y sustancial. Para el primer supuesto, producto de la falta de fundamentos del veto; sólo se argumentó respecto de cuatro artículos de la ley nº 4318 y omitió el resto de los artículos a pesar de que el veto fue total. En el caso de la invalidez sustancial, la accionante explicó que: i) el argumento del veto del art. 5 de la ley nº 4318 provee un concepto de salud integral que no se correlaciona con los estándares internacionales en materia de salud y ello afecta la garantía contemplada en el art. 86 (2) CP; ii) la necesaria autorización de los padres o representantes de NNyA para ejercer la práctica de un aborto no punible es inconstitucional porque contradice las facultades que reconoce la ley a las personas a partir de los 14 años de edad; iii) se refuta el fundamento del veto del art. 11 de la ley en cuestión respecto de la objeción de conciencia; iv) la norma vetada no establece un tipo penal especial sino que declara que esta clase de conductas genera la promoción de procesos penales. Allí mismo solicitaron otra medida cautelar destinada a: i) que la indicación de salud prevista por el art. 86 (1) CP sea subsumida por el concepto constitucional de salud; ii) los abortos no punibles productos de una violación sean realizados sin ningún límite de tiempo del embarazo; iii) que el equipo interdisciplinario no sea una instancia dilatoria; iv) no debe intervenir el Director del Hospital para autorizar procedencia o diagnóstico; v) convalidar el consentimiento de las niñas a partir de los 14 años de edad para realizar la práctica y vi) la objeción de conciencia debe ser por escrito y presentada ante autoridad en un plazo de 30 días.

4. En fecha 8/11/2012 la jueza de primera instancia resolvió hacer lugar parcialmente a la medida cautelar; expresó lo siguiente “[e]n atención a las contradicciones y exceso reglamentario que evidenciaría el protocolo 1252/2012 confrontado con el art. 86 (1; 2) CP, ..., se dejan sin efecto cautelarmente los arts. 2, 9 inc. a última párrafo, 9 inc. b, 13, 17, 18 y 19 del anexo I del protocolo cuestionado hasta el dictado de la sentencia definitiva” (fs. 96 vuelta). La magistrada dispuso cautelarmente que “[l]os 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 se establecen a continuación: a) no se recabará la intervención previa del equipo disciplinario en el art. 2 del anexo I de la resolución en cuestión, ni la confirmación del diagnóstico por parte del

Director del Hospital...; b) se le requerirá al menor adulto a partir de los 14 años que exprese su propio consentimiento informado ...; c) la limitación temporal contemplada en el art. 17 del anexo I, ..., será la que establezca el médico tratante...; d) se deja sin efecto lo dispuesto en el art. 19 del anexo I de la resolución 1252/2012, en torno a la objeción de conciencia” (fs. 96 vuelta/97).

5. El GCBA apeló dicha sentencia (fs. 109/144 vuelta). Sustancialmente, atacó el criterio por el cual la jueza acordó verosimilitud al derecho invocado y el peligro en la demora para acordar la cautelar. La jueza concedió en relación y con efecto no suspensivo la apelación (fs. 148 vuelta).

A su vez, el GCBA contestó la demanda del amparo (fs. 161/214 vuelta). En primer término impugnó la legitimación activa de la parte actora. Indicó que aquella no demostró ser titular de un interés personal, inmediato y directo para promover la acción de amparo. Tampoco acreditó un perjuicio directo de derechos de incidencia colectiva. A su vez, desconoció la legitimidad de la Asesoría Tutelar por estar fuera de su competencia accionar en este tipo de asuntos. En consecuencia, acusó ausencia de causa judicial. En segundo lugar, argumentó que el amparo no era la vía idónea y que no hubo incumplimiento del GCBA bajo ningún punto de vista. Afirmó que la vida humana comienza desde el mismo momento de la concepción y que las sentencias de la Corte no son de obligatoriedad.

6. Antes de dictar sentencia, el juez de grado interviniente acumuló las actuaciones “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)” (fs. 386/389).

En fecha 5/7/2013 el juez dictó sentencia de primera instancia (fs. 398/452 vuelta). Resolvió el rechazo de la falta de legitimación activa contra la parte actora; declaró la inconstitucionalidad de la resolución n° 1252/2012 y del decreto n° 504/2012 y tuvo por promulgada la ley n° 4318.

Fundó su decisión en los siguientes aspectos:

i) **Respecto de la vía judicial elegida**; consideró atendible el amparo por los derechos en juego. Fundó en los arts. 43 CN y 14 CCABA. Puntualizó que “... la naturaleza de los derechos en juego — todos de raigambre constitucional—, permite advertir que la utilización de la vía contenciosa (...) implicaría un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva...se discute, en definitiva, la validez, aplicabilidad, vigencia e interpretación de las normas invocadas por las partes y la consiguiente injerencia sobre una posible afectación del derecho a acceder a la práctica del aborto no punible” (fs. 407 vuelta/408). Las partes accionantes invocaron y acreditaron un interés



Expte. n° 13918/16

legítimo, cuestionaron un acto de autoridad por ser repulsivo a la CN y verificaron una controversia (fs. 414 vuelta).

ii) **Sobre la legitimación activa**; indicó que la carta magna local le otorga a la ciudadanía mayor amplitud para interponer acción de amparo siempre que se advierta algún tipo de discriminación, sin exigir demostrar la existencia de un interés concreto. Ello es concordante con la noción de democracia participativa que inspira el texto constitucional. Sostuvo la legitimación de la diputada Rachid en función de ser habitante de la Ciudad y que el amparo está desprovisto de formalidades procesales que operen su operatividad. En cuanto al Ministerio Público Tutelar se encuentra legitimado puesto los derechos de los menores e incapaces que se encuentran en juego. Luego referenció sobre la legitimación de las entidades ADC, CELS, ELA y REDI. Dijo que en todas ellas, de acuerdo con sus estatutos, conforman personas jurídicas y tienen por objeto la defensa de los derechos humanos de las personas en general, y en particular, de las mujeres o personas con discapacidad. Todas están facultadas para promover acciones como las de estas actuaciones (arts. 43 CN y 24 CCABA).

iii) **De los derechos en juego** (la vida y salud de las mujeres) respecto de las trabas existentes para llevar adelante abortos no punibles.

iv) **Sobre la inconstitucionalidad de la resolución n° 1252/2012 y del decreto n° 504/2012**; el magistrado consideró, primero, que lo dispuesto en los arts. 2 y 18 de la resolución respecto del equipo interdisciplinario es un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego, son un obstáculo médico-burocrático. Luego, estimó que el inc. a) del art. 9 de la misma resolución contraviene lo dispuesto por el art. 86 (1) CP al incorporar el criterio de la gravedad que no es requisito del CP y se contrapone con la noción de salud integral. Además, la imposición de la intervención del director del hospital es una barrera burocrática y administrativa obstaculizadora. También se consideró contraria a la CDN la solicitud de consentimiento de los representantes legales de NNyA mayores de 14 años (arts. 5 y 9(b)). En idéntico sentido, el art. 11 por el cual se pide constatar la discapacidad de la mujer con discapacidad resulta inconstitucional a la luz de la CDPD (art. 12.1.2). A su vez, el art. 17 de la resolución que impone un límite de 12 semanas para realizar la práctica abortiva es contrario al modelo de indicaciones que establece el art. 86 CP y no de plazos. Por ende es inconstitucional porque modifica la ley penal. Por fin, el juez de grado entendió que la regulación de la objeción de conciencia tal como la instrumenta la mentada resolución contradice el criterio de FAL dado que “admitir la objeción de conciencia de un mismo profesional, en algunos casos sí y en otros no, es abrir la puerta a posibles discriminaciones —ya que el médico podría elegir los casos

en que acepta realizar la práctica y los casos en que no— y no constituye un criterio legalmente aceptable” (fs. 434).

El juez de grado aclaró que la resolución n° 1252 resulta inconstitucional porque lejos de eliminar barreras administrativas y fácticas las intensifica. Fundó la declaración en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Gelman* a través del cual “las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”. En cuanto a la inconstitucionalidad del decreto n° 504/12, el magistrado la decretó en virtud del poder de constitucionalidad que inviste al ámbito judicial y porque entendió que el veto carece de fundamentación razonable y proporcional. Así, dijo que 1) “una simple lectura del texto de la ley vetada permite concluir que la misma adopta un sistema que,..., no contiene ninguna disposición que se oponga a los lineamientos expresados por la Corte Suprema, como así tampoco a los derechos fundamentales de las personas involucradas” (fs. 447); 2) “la norma vetada no contiene ninguna disposición que amplíe o restrinja el alcance de la disposición contenida en el artículo 86 del Código Penal. Por el contrario, es el propio Poder Ejecutivo que imputa a la ley la intromisión en materias de competencia exclusiva del Congreso Federal,..., al introducir restricciones no previstas en la ley,..., relativo al consentimiento de las mujeres con discapacidad” (fs. 447 vuelta); 3) el argumento acerca de la multiplicación de conflictos resulta “dogmático, vacío de contenido, que no cumple con la exigencia de razonabilidad necesaria para su validez” (fs. 447 vuelta) al igual que aquel referido a que la ley vetada afecta los derechos de los efectores de salud. Por fin, el juez de grado, consideró que el criterio para vetar la ley respecto de que el ejecutivo había implementado medidas como la resolución n° 1252 también lucía irrazonable por lo inconstitucional de aquella resolución.

Luego, la sentencia explicó otras razones por las cuales el decreto no contenía justificaciones adecuadas. Entre estas, indicó que el decreto de veto sostiene una definición de salud restringida, acotada a la salud física y luce contraria a la interpretación vigente en opinión de los órganos internacionales y jurisdiccionales. También estableció que las disposiciones relativas a la objeción de conciencia carecen de razonabilidad por ser contrarias a las garantías convencionales, especialmente al habilitar discriminaciones y generar demoras irrazonables. Finalmente, refirió que el criterio de veto al art. 17 luce desprovisto de justificación dado que en el texto vetado no hay alusiones a sanciones penales indeterminadas y lo allí preceptuado resulta de fórmulas frecuentes en disposiciones legales.

7. El GCBA apeló la decisión de grado (fs. 461/500 vuelta). Sus agravios se dirigieron a sostener que:



Expte. nº 13918/16

i) El juez forzó el argumento de que el amparo era la vía idónea cuando en realidad hizo un análisis en abstracto de la constitucionalidad de las normas en juego.

ii) Los derechos involucrados no son colectivos, sino individuales y se ejercen de distinta manera por sus titulares.

iii) Hubo ausencia de legitimación activa y falta de acreditación de un interés legítimo.

Luego, el demandado se refirió sobre el veto. Negó los argumentos utilizados en la sentencia de grado para declarar inconstitucional el decreto del Jefe de Gobierno sobre la ley nº 4125.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal también apeló (fs. 507/513). Indicó los siguientes agravios constitucionales:

i) Falta de legitimación activa de los actores y carencia de interés legítimo. Dijo que “la decisión de llevar a cabo un aborto es algo determinante de la vida de cada mujer, que pone en juego sus más íntimos valores y es tomada de acuerdo a un sinnúmero de circunstancias propias e individuales” (fs. 508 vuelta). La cuestión corresponde a un plan de vida que no es homogéneo y afecta de manera diferenciada a las personas. Por ende la acción se dirige a tutelar derechos individuales a la salud, integridad física y psíquica de un determinado grupo de mujeres.

ii) No hay caso constitucional en las presentes actuaciones. Al tratarse de una declaración de inconstitucionalidad (de la resolución nº 1252/2012 y decreto nº 504/2012) correspondía una acción declarativa de inconstitucionalidad directamente ante el TSJ. Ello violó el principio de división de poderes.

iii) La arrogancia de declarar la inconstitucionalidad el decreto 504/2012 y la promulgación de la ley lesionó la división de poderes.

iv) Finalmente, sostuvo que la sentencia se pronunció sobre un tema no justiciable. Además el juez interfirió en el procedimiento legislativo asociado a las observaciones que puede realizar el ejecutivo sobre leyes sancionadas en el parlamento.

8. La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en fecha 29/12/2015, hizo lugar a los recursos planteados por el GCBA y el MPF, revocó la sentencia y rechazó las demandas (fs. 614/627 vuelta). Expresó lo siguiente:

i) El supuesto de autos no trata sobre un proceso colectivo porque no están identificados o pasibles de determinación los sujetos que comprenden la clase; “es imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentran —o se encontrarán— embarazadas y con intención de interrumpir la gestación...” (fs. 622 vuelta). Se trata de derechos individuales, divisibles y de titularidad de cada uno de los sujetos.

“2018 - Año de los Juegos Olímpicos de la Juventud”

Tampoco es posible argumentar que la cuestión implica contrarrestar o impulsar discriminación, para esto es preciso acreditar lesiones constitucionales a la garantía de la igualdad del art. 16 CN, circunstancia que no ha sucedido;

ii) El conflicto debió encauzarse según las previsiones del art. 113 inc. 2 CCABA. Esto se refuerza por la ausencia de caso concreto que impide la viabilidad del amparo;

iii) La impugnación al decreto del veto reduce únicamente la cuestión a un mero control de legalidad “en tanto,..., no se ha demostrado en autos la existencia de afectación directa y concreta a sujeto particular alguno o clase susceptible de ser individualizada...” (fs. 626) y se propone, siguiendo temperamento del Tribunal, una cuestión no revisable por la vía intentada.

9. La Asesoría Tutelar ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad contra aquella decisión (fs. 636/644). Se agravió por el criterio de la Sala respecto de la falta de caso judicial e inexistencia de afectación de derechos colectivos a intereses individuales homogéneos.

Contra ello denunció la arbitrariedad de la sentencia destacando que, de acuerdo con el fallo de la CSJN en *Halabi* y de la sentencia del Tribunal en *Barila*, en autos existe un caso colectivo incluido en la tercera de las categorías descriptas por la Corte. Es un tema de trascendencia social y es innegable que “las mujeres, niñas y adolescentes (afectadas en su salud mental) que se encuentran —o se encontrarán— embarazadas y con intención de interrumpir la gestación por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el ordenamiento penal para casos de abortos no punibles...” (fs. 643). Asimismo, esgrimió que la vía del amparo era una opción posible de las partes involucradas tanto como la ADI.

La co-actora, Gil Domínguez, dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 647/668). En primer lugar, dirigió la crítica en tanto se lesionan los derechos de incidencia colectiva del grupo social conformado por mujeres, niñas y adolescentes que se encuadran en los supuestos de abortos voluntarios no punibles. Defendió que la acción de amparo busca tutelar derechos colectivos y según doctrina *Halabi* (presupuestos especiales) se constata la existencia de estos derechos. Así, dijo que el hecho único son las normas impugnadas, el efecto común de ese hecho tiene incidencia al grupo de personas afectadas, el interés individual considerado aisladamente no justifica que cada mujer, niña o adolescente promueva una acción individual, existe una identificación del grupo afectado (todas las mujeres, niñas y adolescentes que habitan la CABA y desean acceder a un aborto



Expte. nº 13918/16

voluntario no punible) y hay un fuerte interés estatal por proteger los derechos del grupo.

Luego, sostuvo que la Constitución local adoptó una legitimación activa más amplia; a cualquier habitante. La Cámara, según el recurrente, desconoció el carácter preventivo de la acción de amparo y el modelo de justicia constitucional de la CABA; confundió el criterio de igualdad con el derecho a la no discriminación.

Otro agravio que refirió fue la conculcación de la obligación de realizar control de convencionalidad interno a pedido de parte o de oficio para garantizar la defensa de los derechos humanos del grupo social. En específico, indicó que la Sala III está obligada a realizar tal control respecto de las normas emanadas de los poderes constituidos.

A su vez, María Rachid, interpuso otro recurso de inconstitucionalidad (fs. 670/689). Utilizó los mismos argumentos respecto de los agravios señalados por Gil Domínguez.

Por su parte, ADC, ELA, CELS y REDI dedujeron recurso de inconstitucionalidad (fs. 725/757). Los actores indicaron que: 1) la vía procesal correspondiente era el amparo toda vez que la resolución N° 1252/2012 establece requisitos ilegítimos y como acto de una autoridad pública lesiona de manera inminente con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías constitucionales. Insistieron en que la acción de amparo busca “una defensa vigorosa de derechos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular...” (fs. 735 vuelta). Enfatizaron que la ADI es sólo para una defensa abstracta de legalidad. Circunstancia que no se suscita en la demanda que dio inicio a estas actuaciones. Observaron que en su escrito de demanda no sólo persiguieron la declaración de inconstitucionalidad sino también la adecuación a los estándares de derechos humanos de los puntos cuestionados de la Resolución.

Asimismo, explicaron que las cautelares concedidas en las actuaciones harían incompatible la ADI; 2) existe una causa judicial o caso conforme la doctrina *Halabi*. Los actores sostuvieron que la Sala mal interpretó la noción de clase cuando exigieron acreditar la situación de una mujer en concreto dado que “la clase no está conformada por las mujeres...que se encuentren necesitadas de un pronunciamiento judicial, sino que lo que estas mujeres tienen es un derecho al acceso al aborto no punible en el sistema de salud público de la Ciudad, y lo que ocurre es que mediante una Resolución se termina obstaculizando arbitrariamente dicho acceso” (fs. 741).

Luego expresaron que la salud es un derecho de incidencia colectiva. Concretamente desarrollaron el argumento de que se trata de un derecho colectivo referente a intereses individuales homogéneos: a) divisibilidad de los derechos individuales afectados (derecho a la vida,

autonomía, dignidad); b) existencia de una causa fáctica homogénea que lesiona a una pluralidad relevante de derechos individuales (las disposiciones de la resolución n° 1252/12); c) razonabilidad de realizar un solo juicio con efectos expansivos; d) el objeto procesal está enfocado en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y e) el interés aislado no ampara la promoción de demandas individuales. Manifestaron: "...existe caso desde que ha sido alegado y acreditado un perjuicio concreto, actual e inminente, respecto de aquellas niñas, adolescentes y mujeres que actualmente, o en el futuro, soliciten la práctica de aborto no punible en el sistema de salud público de la ciudad...La regulación cuestionada impide la adecuación del sistema público de salud al momento de ser garante del efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres, de conformidad con lo establecido por la CSJN en el fallo "F., A.L."..." (fs. 743).

También criticaron la postura de la Sala que encomendó la individualización para determinar la clase y la existencia de una mujer concreta a los efectos de demostrar el interés colectivo. Sobre ello dijeron que la determinación de la clase en todo proceso colectivo es importante, no es cuantitativa y no requiere de un señalamiento individualizado de cada persona afectada, sino que la exigencia es cualitativa.

En cuanto a la alegada falta de discriminación, los co-actores consideraron que la situación de discriminación "se genera por la omisión estatal de brindar a todas las mujeres la posibilidad de ejercer sus derechos en forma plena" (fs. 747 vuelta) y el trato diferenciado afecta particularmente a adolescentes, mujeres con discapacidad y víctimas de violación que se atienden en el sistema público local.

Por fin, en esta presentación se alegó la denegación de justicia como consecuencia del temperamento de la Sala.

10. La Cámara, en fecha 9/9/2016, resolvió conceder parcialmente los recursos de inconstitucionalidad en cuanto: i) la interpretación de los artículos 113 (2) y 14 CCABA, a fin de delimitar el ámbito comprendido por la acción declarativa de inconstitucionalidad; ii) verificación de la existencia de un caso judicial y de una debida identificación del grupo afectado y iii) la determinación de si las normas impugnadas —resolución n° 1252/2012 y decreto n° 504/20125— son compatibles con la CN. Finalmente, rechazó los recursos respecto de la arbitrariedad y gravedad institucional invocadas en las presentaciones (fs. 802/804 vuelta).

11. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició rechazar los recursos de inconstitucionalidad parcialmente concedidos (fs. 821/828 vuelta).



Expte. n° 13918/16

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La decisión objetada rechazó el amparo promovido por las actoras con el objeto de que, en palabras de la Cámara que no vienen cuestionadas por las recurrentes, “[se] declara[se la] inconstitucionalidad de una norma de carácter general —la Resolución 1252/2012 [del Ministerio de Salud, que aprobó el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punible en los Hospitales del Subsector Público de Salud contempladas en el art. 86 incs. 1 y 2 CP], en diversos artículos [de su Anexo]— con efectos *erga omnes* ...” (fs. 621), y del decreto 504/2012 mediante el cual el Jefe de Gobierno había vetado la ley n° 4318.

Para resolver de ese modo, los jueces de mérito dieron las siguientes razones:

(i) No se cuestiona con las demandas ningún acto u omisión sustentado en las disposiciones impugnadas, sino éstas en sí mismas; ni se ha identificado acto particular de ejecución.

(ii) No se cumple con el requisito propio del amparo colectivo de identificación de la clase; y “[e]s imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentran —o se encontrarán— embarazadas y con intención de interrumpir la gestación por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el ordenamiento penal para casos de abortos no punibles (violación o riesgo en la salud de la madre)” (fs. 622 vuelta).

(iii) “[S]i se tratara de la defensa de derechos individuales homogéneos, no se ha individualizado sujeto en particular alguno sobre la base del que se pueda construir la clase. No se ha aducido, invocado ni probado la existencia actual, concreta y precisa de una mujer, adolescente, niña (con o sin discapacidad o afectada en su salud mental) que se encuentre necesitada de un pronunciamiento judicial” (fs. 622 vuelta).

(iv) No es posible afirmar que se trate de una regulación que conlleve discriminación, y construir, sobre esa base, un caso que involucre derechos de incidencia colectiva, pues “[n]o basta que la regulación impugnada alcance a un grupo determinado de personas — en el caso[,] mujeres, niñas o adolescentes que eventualmente se encuentren embarazadas e incluidas en las situaciones previstas por el artículo 86 del Código Penal con intención de abortar— sino que lo que se requiere para habilitar la vía del amparo colectivo fundado en razones de discriminación es la demostración de que el acto u omisión

cuestionado, o las normas en los que tal conducta se funda, alteren de modo irrazonable o injustificado la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional...” (fs. 623).

(v) No se verifica una privación de acceso a la justicia, porque la CABA cuenta con una acción específica que permitiría dar curso a la pretensión, como lo es la acción declarativa de inconstitucionalidad establecida en el art. 113.2 CCBA.

(vi) Con relación al planteo de inconstitucionalidad del veto, agregaron, con cita de pronunciamientos de este Tribunal, que le está vedado al Poder Judicial expedirse al respecto.

2. La Cámara concedió los recursos de inconstitucionalidad deducidos por la Asesoría Tutelar a fs. 636/644, Andrés Gil Domínguez a fs. 647/668, María Rachid a fs. 670/689 y las coactoras que vienen obrando con personería unificada (Asociación por los Derechos Civiles, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Centro de Estudios Legales y Sociales y Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) a fs. 725/757, en relación a las siguientes cuestiones, por entenderlas de índole constitucional:

(i) interpretación de los arts. 113.2 y 14 CCBA (y ley 2145) a fin de deslindar los ámbitos de la acción declarativa de inconstitucionalidad y el amparo colectivo;

(ii) verificación de la existencia de un “caso” en los términos del art. 116 CN, y de una debida identificación del grupo o colectivo afectado por la conducta estatal cuestionada, atado a la invocada afectación del derecho a la tutela judicial efectiva; y

(iii) la determinación de si la resolución n° 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA y el decreto 504/2012 del Jefe de Gobierno de la CABA resultan compatibles con la CCBA, CN y los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

3. El *a quo* destacó, como quedó dicho, que las objeciones formuladas a los diversos artículos del Anexo de la resolución n° 1251/MS/2012 lo han sido en abstracto; esto es, de un modo incompatible con la vía escogida. Ello, pues no versan sobre una relación jurídica concreta, circunstancia que queda revelada por el hecho de que la decisión judicial que hiciera lugar a la pretensión debería eliminar una norma general del ordenamiento jurídico y obligar al GCBA a emitir otra, igualmente general, en su remplazo, es decir, operaría sobre dicho ordenamiento y no sobre la esfera de relaciones de persona alguna.

A este respecto, no ha sido invocado ningún acto de ejecución del reglamento; ni, por ello, la presencia de alguna mujer en situación de verse, o que pudiera verse, afectada por él.



Expte. nº 13918/16

4. El razonamiento sobre el que las actoras construyen su planteo no gira en torno a una discrepancia relativa a la correcta inteligencia que conviene a las pretensiones, o los hechos en los que ellas se sustentan, sino a cuál es la vía procesal indicada para encausarlas. En efecto, las recurrentes no cuestionan que sus pretensiones han sido formuladas en abstracto.

En este escenario, y dado que tampoco rebaten que esas pretensiones solamente están dirigidas a cuestionar la validez constitucional de normas locales, los agravios carecen de una crítica mínima a las razones brindadas por el *a quo* para rechazar la demanda, esto es, que esas pretensiones deberían ser canalizadas por la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad que instituye el art. 113.2 CCBA, dando a este Tribunal la competencia originaria y exclusiva para su conocimiento.

Dicho fundamento, asimismo, es suficiente e independiente de los demás brindados por los jueces de mérito para rechazar la demanda, pues, la norma de la Constitución —cuya validez no ha sido atacada— que establece que este Tribunal tiene competencia exclusiva para el conocimiento de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, supone que una pretensión con las mismas características no podría ser llevada a otro tribunal local; en otros términos, esa norma supone que pretensiones de esa especie escapan a la competencia que acuerda el art. 106 CCBA a los restantes tribunales que componen el Poder Judicial de la Ciudad.

5. Sin perjuicio de que lo dicho resulta suficiente para declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad a estudio, las características de los derechos involucrados por las pretensiones de autos, justifican realizar algunas precisiones.

Cierto es que las características de la afectación cuya potencia invocan las actoras proveniente de la resolución cuestionada aconseja ser flexible a la hora de evaluar la concreción de la relación jurídica involucrada, ello puede llevar a no exigir la presencia de una afectación actual, pero sí, al menos, razones para conjeturar que esa afectación se generará indefectiblemente.

Indudablemente, exigir un embarazo en curso sumado a una negativa fundada en las normas impugnadas convertiría cierta o muy probablemente en inconducente o infructuoso el procedimiento judicial organizado por nuestra legislación para el debate y resolución de causas.

La Corte Suprema de los EEUU —quien opera en un sistema con notables similitudes al reflejado en nuestro nivel federal, y del que el art. 106 CCBA hace eco— se ha expedido acerca de la validez de normas que establecían, en la visión de los actores, restricciones para

acceder a un aborto, más se trataba de demandas entabladas en el marco de supuestos de aplicación de normas, nunca en abstracto. Fue en ese escenario que la Corte de EEUU aceptó que una clase de mujeres que reclamaban una decisión judicial que tuviera por no punible la interrupción voluntaria de sus embarazos fuera encabezada por quien había ya dado a luz. Las circunstancias del caso habían sido expuestas y, dijo la Corte, podían previsiblemente repetirse. Pero, había un supuesto real sobre el cual decidir. No se pedía la derogación de una ley. Me detengo seguidamente en la consideración de cuál era la materia litigiosa en diversos pronunciamientos.

Así, ya en el conocido caso “Roe vs. Wade” (410 U.S. 113, del 22 de enero de 1973) el mencionado Tribunal ha reconocido la existencia de una causa y legitimación en la mujer que instaba la acción no obstante que su embarazo ya había llegado a su fin, por razones naturales. Señaló en aquella ocasión la Corte que la conclusión natural del embarazo de Roe no había tornado abstracto el pleito, pues el embarazo es susceptible de ser repetido, convirtiéndose en una excepción a la regla según la cual la actualidad de la controversia debe permanecer durante todo el pleito, y no solamente verificarse a su inicio. En ese mismo pronunciamiento, sin embargo, le desconoció legitimación a un médico (Hallford) contra el que pesaban dos imputaciones originadas en prácticas de aborto, y a una pareja sin hijos en la que la mujer tampoco estaba embarazada (los Does). Con respecto a los Does, la Corte destacó que su planteo se asentaba en una eventualidad, que podía o no ocurrir y que, por ello, era muy especulativo.

En “Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth (428 U.S. 52, del 01 de julio de 1976), ese mismo Tribunal, entendió legitimados a dos médicos (uno de los cuales realizaba prácticas de aborto; y el otro las supervisaba, ambos en Planned Parenthood) de Missouri para debatir la regulación de ese Estado acerca de qué se entendía por viabilidad del desarrollo fetal a los efectos de la realización habilitada de la práctica; el consentimiento informado de la mujer; el requerimiento de consentimiento del esposo, o, para supuestos de mujeres no casadas menores de edad, el consentimiento de uno de sus padres o representante legal. Negó, en cambio, legitimación a los médicos para debatir acerca de la suerte del bebé que hubiera sobrevivido a la práctica de un aborto bajo ciertas condiciones. En este caso, asimismo, señaló que era inconstitucional el requerimiento de consentimiento al esposo o a los padres (o representantes legales) impuesto como una fórmula en blanco que redundaba en un poder de veto a favor de éstos.

En “Planned Parenthood Assn. Vs. Ashcroft” (462 U.S. 476, del 15 de junio de 1983), en el marco de una acción promovida por



Expte. nº 13918/16

Planned Parenthood Association of Kansas City, dos médicos que practicaban abortos, y una clínica de aborto, la Corte Norteamericana ha entendido constitucional la exigencia de que esté presente un segundo médico para realizar el aborto cuando la práctica es llevada a cabo luego de la viabilidad; y el requisito de consentimiento parental en los supuestos de abortos que se practiquen a menores, del que la norma preveía que podrían ser dispensados a través de la intervención de un juez juvenil. Sobre esta última cuestión, la Corte ha dicho que el juez juvenil no podría denegar el consentimiento instado por el menor argumentando “buenas razones”, a menos que encuentre que el menor no es aún lo suficientemente maduro para tomar su propia decisión.

En “Whole Woman’s Health vs. Hellerstedt” (579 U.S., resuelto el 27 de junio de 2016), la Corte de EEUU ha analizado la validez de la regulación que exigía que los médicos que practiquen abortos tengan privilegio de admisión en un hospital no alejado (a menos de 30 millas), y que las clínicas tuvieran que cumplir con ciertas exigencias propias de quirófanos, a resultas de las cuales se vieron disminuidos los servicios respectivos sin justificación suficiente, según el criterio de la Corte, que entendió inconstitucionales estas reglas. Con respecto a la primera de las exigencias, la Corte señaló que no obstante que el objetivo del privilegio era ayudar para que se asegurase a las mujeres un fácil acceso al hospital en el caso en que una práctica de aborto tuviera complicaciones, los tribunales locales habían tenido por probado que el porcentaje de complicaciones serias era extremadamente bajo y que, en cambio, esa regulación redundaba en un obstáculo substancial para que las mujeres pudieran realizar abortos.

6. También vale la pena tener presente el caso “A.B. y C. vs. Ireland” resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos (16/12/2010), instado contra Irlanda por dos ciudadanas irlandesas (las Sras. A y B) y por una ciudadana lituana (la Sra. C), que habían padecido diversos avatares a raíz de una poco clara regulación del aborto bajo ciertas condiciones en Irlanda. En esa ocasión, la Corte Europea consideró que la incertidumbre generada por la falta de dictado de legislación que implementara el art. 40.3.3 y, fundamentalmente, el vacío de un procedimiento accesible para establecer el derecho al aborto bajo ese artículo ha resultado en una impresionante discordancia entre el teórico derecho a un aborto legal en Irlanda motivado en riesgo de vida de la madre, y la realidad de su implementación práctica.

7. Ninguno de estos extremos ha sido invocado en el caso.

Así, no se ha invocado que exista una práctica tal en el modo de ejecutar el reglamento, como por ejemplo, que la intervención del equipo interdisciplinario o el requerimiento del aval del director se realicen en condiciones tales que importan demorar irrazonablemente la realización del aborto; que al consentimiento que se exige a los representantes legales se le dé el efecto de un poder de veto para la realización de la práctica, o que no se dé relevancia a la voluntad del representado, cuando ésta pueda ser expresada; no se ha presentado ninguna mujer en una de las situaciones en que se invoca que las normas serían inconstitucionales; no se ha establecido si existen supuestos de discrepancias entre mujeres menores o incapaces que quisieran interrumpir su embarazo y quienes debieren autorizarlo, ni, consecuentemente, se conocen las razones de las discrepancias; no se cita, por razones similares, a quienes están autorizados para emitir la autorización para escucharlos en el litigio, no se ha ahondado en cuáles pueden ser las restricciones a la capacidad jurídica o al intelecto, etc.

Entonces, no muestran que exista una práctica que releve de esperar que ocurra el próximo caso; tampoco muestran estar en presencia de uno.

Todo ello, a su turno, empobrece el debate y puede ser determinante en su solución.

Los extremos relatados muestran, en definitiva, que no han sido arrimadas razones para conjeturar un perjuicio inminente que permita, aun bajo un parámetro más laxo, tener por configurado un caso.

8. Finalmente, no está aquí involucrada una cuestión constitucional o federal atada a la razonabilidad o validez constitucional de la resolución n° 1252/2012 del Ministerio de Salud, ni del decreto n° 504/2012, pues no versó acerca de ello la resolución impugnada.

9. En suma, por lo dicho, corresponde declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad de fs. 636/644, 647/668, 670/689 y 725/757, con costas en el orden causado (art. 14, CCABA).

Los jueces José Osvaldo Casás y Ana María Conde dijeron:

1. Adelantamos desde ya que compartimos —en lo sustancial— los argumentos expuestos por el juez Luis F. Lozano en los puntos 1 a 4 de su voto.

2. En este sentido, interesa señalar que la Cámara CAyT concedió parcialmente los recursos articulados por María Rachid,



Expte. n° 13918/16

Andrés Gil Domínguez, la Asesoría Tutelar y las organizaciones civiles ADC, ELA, CELS y REDI por considerar que configuran un caso constitucional los agravios orientados a interpretar el alcance y ámbito de la acción declarativa de inconstitucionalidad y su delimitación con respecto a la acción de amparo colectivo (arts. 14 y 113, inc. 2, de la CCABA) y a determinar en la controversia planteada la existencia de un “caso judicial” —conforme el art. 116 CN— y la existencia de un colectivo habilitado para reclamar —en los términos del art. 14 CCBA y 43 CN, y de la doctrina consagrada en el fallo “*Halabi*” de la CSJN— en tutela de sus derechos. La Cámara también concedió los recursos con respecto a alegada inconstitucionalidad de la resolución n° 1251/2012 y del decreto n° 504/2012, pese a que no se expidió sobre la compatibilidad de las normas impugnadas con la Constitución Nacional (fs. 802/804 vuelta).

Sin embargo, y tal como sostiene el juez Lozano, estos recursos de inconstitucionalidad deben declararse mal concedidos ya que no contienen una crítica suficiente de los argumentos desarrollados por el *a quo* para rechazar la demanda; en particular, los que predicán la inexistencia de un “caso judicial” susceptible de plantearse por la presente vía del control difuso de constitucionalidad.

3. Interesa señalar que, en el *sub-lite*, los jueces de la Cámara CAyT sostuvieron que los accionantes plantearon una cuestión sin ningún tipo de concreción o inmediatez, al no haber individualizado a mujer alguna que se encuentre en una de las situaciones previstas en el art. 86 inc. 1° o 2° del Código Penal (aborto no punible) que alegue que las normas impugnadas sobre el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punible en los hospitales de la Ciudad de Buenos Aires constituyan un obstáculo para el efectivo ejercicio de su derecho a la salud y que, por tanto, necesite un pronunciamiento judicial para garantizarlo. Del mismo modo, destacaron que tampoco se había acreditado que ello hubiera ocurrido en alguna oportunidad en el pasado; ni que hubiera existido —de alguna forma— una lesión real y concreta a un derecho individual o colectivo que comprometiera, en forma cierta, una garantía de carácter constitucional vinculada con la salud o la vida de las mujeres que se encuentran en los supuestos que prevé la normativa impugnada.

Ahora bien, una lectura atenta de las presentaciones a estudio permite advertir que los accionantes no han esgrimido argumentos concretos para desvirtuar estos razonamientos; es decir, no han invocado ningún acto de ejecución del reglamento ni el caso de alguna mujer concreta que haya podido verse afectada concretamente por éste.

En otras palabras, los recurrentes se han limitado a exponer una presunción en términos teóricos vinculada a que la mentada normativa viene a entorpecer o dificultar el acceso a la práctica de interrupción del embarazo que como derecho les asiste a quienes se encuentran en las situaciones prescriptas en el Código Penal; mas no han refutado con argumentos concretos lo afirmado por la Cámara CAyT en este punto. Lo mismo cabe predicar respecto de la alegada discriminación que estaría afectando a mujeres, niñas y adolescentes que se encuentran comprendidas en los casos del art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal y que requieran la atención médica que se prevé en las disposiciones objeto de este amparo, pues no se ha desarrollado un planteo de entidad que la demuestre ni prueba alguna en ese sentido.

Ello conduce a entender que las objeciones formuladas redundan tan solo en la expresión de una opinión discrepante con lo resuelto en autos sin involucrar una genuina cuestión constitucional en los términos del art. 26 de la ley n° 402 (conf. texto consolidado por ley n° 5666).

En este sentido, es menester recordar que, a los fines de habilitar esta instancia recursiva de excepción, el escrito respectivo debe cumplir —entre otros— con el requisito de adecuada fundamentación, que exige la formulación de crítica prolija de la sentencia impugnada. Es por este motivo que este Tribunal ha señalado de manera reiterada que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el tribunal *a quo* para arribar a las conclusiones que lo agravian, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia (v. doctrina de *Fallos*: 283:404; 302:155; 311:169, 542; 310:2376; 316:420; 325:2652, 326:2056; entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local). De otro modo, la jurisdicción de este Tribunal sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*: 295:335; 310:2306, entre otros; aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Con relación a la segunda de las pretensiones de los amparistas —esto es, la declaración de inconstitucionalidad del decreto n° 504/12, que instrumentara el veto a la ley n° 4318—, la Cámara CAyT sostuvo que, en la medida en que no se había demostrado en autos la existencia de una afectación directa y concreta a sujeto particular alguno o clase susceptible de ser individualizada, correspondía entender que esta impugnación solo perseguía un mero control de legalidad.



Expte. nº 13918/16

Ello sentado, los argumentos expuestos en el punto precedente bastan para declarar mal concedidos los recursos a estudio también a este respecto.

5. La forma en que votamos no implica pronunciarnos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del protocolo de asistencia médica previsto en la Resolución nº 1252/2012 (de los artículos cuestionados), sino tan solo destacar que la ausencia de adecuada fundamentación de los recursos a estudio inhibe a este Tribunal de adentrarse en el tratamiento de las cuestiones propuestas.

Ello no obsta en modo alguno a que, de verificarse la afectación de un derecho, de modo cierto y actual o inminente, como consecuencia de la aplicación del procedimiento previsto en la Resolución nº 1252/12, las personas interesadas puedan presentarse ante los jueces del Poder Judicial para hacer valer sus pretensiones.

Por las consideraciones expuestas, votamos por declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por María Rachid, Andrés Gil Domínguez, la Asesoría Tutelar y las organizaciones civiles ADC, ELA, CELS y REDI, con costas en el orden causado (art. 14, CCABA).

Así lo votamos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Corresponde expedirse sobre los recursos de inconstitucionalidad concedidos parcialmente por la Sala III, interpuestos oportunamente por la Asesoría Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 636/644), Andrés Gil Domínguez (fs. 647/668), María Rachid (fs. 670/689), y las organizaciones ADC, ELA, CELS y REDI con personería unificada (fs. 725/757), contra la resolución emitida por la misma Sala en fecha 29/12/2015.

2. Las actuaciones, tal como surge de las “resulta”, tuvieron inicio a raíz de dos acciones de amparo colectivo deducidas contra el GCBA; la primera por María Rachid, en su carácter de legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires junto a Andrés Gil Domínguez, como habitante de la Ciudad (Expte. N° 45722/0) y la segunda por las organizaciones ADC, CELS, ELA y REDI (Expte. N° 46062/0). Por resolución dictada el día 10/06/2013 se dispuso la acumulación de ambas presentaciones.

Cabe aclarar que el Ministerio Público Tutelar, al tomar vista en los autos N° 45722/0, se presentó como co-actora y solicitó la ampliación del objeto del amparo incoado.

La presentación de Rachid y Gil Domínguez denuncia la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 17 del Anexo de la resolución N° 1252/MSGC/12 —por lesivos a los derechos previstos en los arts. 18 y 75 inc. 12 y 22 CN, art. 10 CCABA y contrarios a los estándares fijados por la CSJN en el caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”— y del decreto N° 504/2012 (B.O. CABA N° 4021, de fecha 24/10/2012) mediante el cual el Jefe de Gobierno vetó el proyecto de ley N° 4318 (27/09/2012), cuyo objeto es regular el procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles del art. 86 (1 y 2) CP. Para este último caso, la parte actora considera que dicho decreto es inválido por forma y sustancia.

Como se señaló anteriormente, **el Ministerio Público Tutelar (fs. 31/57), agrega a la presentación** de Rachid-Gil Domínguez, la solicitud de que el Gobierno “cumpla con su obligación constitucional de garantizar el derecho a la salud integral, a la igualdad, a la autonomía persona y los derechos sexuales y reproductivo de las niñas, niños y adolescentes y mujeres con padecimiento en su salud mental” en lo referido al aborto no punible.

Pide que se intime a la demandada a que remueve los obstáculos que impidan el ejercicio efectivo a la práctica en cuestión y se declare la inconstitucionalidad de la resolución ministerial en sus arts. 2 (última parte), 9 (a) tercer párrafo y (b) segundo párrafo.

A su vez, **las organizaciones civiles incoaron acción de amparo colectivo** contra la misma autoridad administrativa para que se declare la inconstitucionalidad de los “requisitos ilegítimamente incluidos en la resolución N° 1252/GCBA/MSGC/12, en particular los establecidos en los artículos 2, 58, 8, 9 (a y b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20,..., obstaculizan arbitrariamente el acceso al aborto no punible de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular (...)” (fs. 387 de los autos principales) y piden la readecuación de tales puntos según los estándares de derechos humanos.

En ambos procesos, mientras tramitaron por separado, hubo medidas cautelares, concedidas parcialmente a favor de las partes y ligadas sustancialmente a mitigar los efectos jurídicos de la resolución N° 1252/12.

En definitiva, las acciones de amparo comparten similar objeto procesal: obtener una declaración de inconstitucionalidad -inconveniencia de la resolución N° 1252/2012 del Ministerio de Salud de la Ciudad y del decreto N° 504/12 del poder ejecutivo.



Expte. nº 13918/16

3. El día 5/7/2013 el juez de primera instancia dictó sentencia y resolvió rechazar la falta de legitimación activa interpuesta por la demandada contra las actoras, declarar la inconstitucionalidad de la resolución ministerial y del decreto de veto de la ley N° 4318 y tenerla por promulgada.

En su extensa resolución, el magistrado admite la vía del amparo por considerarla idónea para evaluar posibles afectaciones a derechos constitucionales, incluido el derecho a una efectiva tutela judicial a raíz de los actos del GCBA impugnados por las actoras (resolución N° 1252/2012 y decreto N° 504/2012).

Para denegar la defensa opuesta por el GCBA de falta de legitimación activa de todas las partes demandantes, el juez se basa en el criterio amplio que consagra el texto constitucional local al “admitir la legitimación de cualquier habitante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para promover una acción de amparo cuando se encuentre en juego la vigencia de derechos o intereses colectivos (...)” (fs. 410 vuelta). Especialmente afirma que para el caso de Maria Rachid, la legitimación está acreditada por su carácter de habitante de la Ciudad más allá de su rol como legisladora.

En relación al Ministerio Público Tutelar basa su admisibilidad en los arts. 125 CCABA, 49 ley local N° 1903 y 59 CC.

Por fin, respecto de las organizaciones civiles tiene por certero, de conformidad con sus estatutos, que son personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos.

El magistrado, a su vez, entiende que la Constitución local prevé dos mecanismos de tutela efectiva directa, cuyo ejercicio dependerá de las situaciones que se intenten proteger: el amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADC). Pero agrega que la elección de la vía es una decisión de la parte activa —no del órgano jurisdiccional— y el amparo es una vía idónea para articular los derechos en juego. Respecto de estos últimos, considera que el derecho a la vida y a la salud integral son fundamentales en la problemática del aborto no punible.

La sentencia de primera instancia, luego de revisar el derecho constitucional aplicable, concluye que la resolución del Ministerio de Salud N° 1252/2012 es contraria a normas constitucionales porque obstruye administrativamente el ejercicio al derecho al aborto no punible. Respecto del decreto N° 504/2012 indica que no cumple con la exigencia de congruencia y proporcionalidad entre fines y medios, lo cual lo torna inválido en términos jurídicos.

4. La parte demandada (fs. 461/500) y el Ministerio Público Fiscal (fs. 507/513) apelaron la sentencia anterior.

La Sala III emitió, el día 29/12/2015, sentencia que hizo lugar a los recursos interpuestos por las apelantes, dispuso revocar la sentencia de grado y rechazar la demanda.

En esta resolución se considera que:

i) No existe una controversia que involucre un proceso colectivo porque no está identificada la clase o grupo colectivo afectado. El universo de individuos que conforman el grupo social debe ser determinado para componer la litis, “es imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentren —o se encontrarán— embarazadas y con intención de interrumpir la gestación por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el ordenamiento penal para casos de abortos no punibles (...)” (fs. 622 vuelta).

Para la Cámara, el objeto de la litis refiere a un bien que no es común sino individual (de cada mujer).

ii) La regulación impugnada no conlleva ni se asienta en prácticas discriminatorias porque no se advierte que se contradiga el presupuesto contenido en el art. 16 CN.

iii) El amparo no es la vía correcta para la impugnación pretendida. Debíó articularse una acción declarativa de inconstitucionalidad dado que se trata de un control abstracto de inconstitucionalidad. Además, al no existir un caso concreto, el amparo se torna inviable.

iv) La circunstancia apuntada respecto a la falta de caso concreto, ausencia de legitimación activa e improcedencia de la vía se extiende respecto de la declaración de inconstitucionalidad del decreto de veto. A su vez, los magistrados señalan que “el estudio judicial del veto para el Poder Ejecutivo con fundamento en su irrazonabilidad resulta vedado para el Poder Judicial” (fs. 626 vuelta).

5. Contra dicha sentencia, interpusieron recursos de inconstitucionalidad (i) el Asesor Tutelar ante la Cámara (fs. 636/644), (ii) Andrés Gil Domínguez (fs. 647/668), (iii) María Rachid (fs. 670/689) y (iv) las organizaciones conjuntas ya mencionadas (fs. 725/757).

El **Asesor Tutelar ante la Cámara** expone que la decisión de la Sala ocasiona un agravio irreparable al fijar que, en la situación planteada, no existe caso constitucional, que sólo corresponde un análisis abstracto de constitucionalidad y que no hay intereses colectivos involucrados. Denuncia a la sentencia por arbitrariedad e indica como agravios constitucionales la lesión a los **derechos a la salud, dignidad, no discriminación** y a **una tutela judicial efectiva**. Fundamenta sus agravios en que la Cámara erró su análisis pues siguiendo la jurisprudencia de la CSJN en el precedente “Halabi”, la



Expte. nº 13918/16

situación de autos se corresponde con un derecho (acceso al aborto no punible) de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, en los que es posible —por la trascendencia social del asunto— incoar un amparo colectivo (acción posible que no se contradice con la ADI). A su vez, defiende la idea de que la clase o grupo social es, en definitiva, compuesta por mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentran o se encontrarán embarazadas y con intención de acceder a la técnica de interrupción del embarazo en los supuestos contemplados en el ordenamiento penal.

En su recurso de inconstitucionalidad, **Gil Domínguez**, detecta dos agravios principales; la **tutela efectiva de los derechos de incidencia** colectiva de mujeres niñas y adolescentes que habitan en Ciudad de Buenos Aires y se encuadran en los supuestos de abortos voluntarios no punibles y la **no diligencia en el deber de realizar el control de convencionalidad** interno. Justifica la impugnación constitucional en que la situación planteada se corresponde con un derecho colectivo referente a intereses individuales homogéneos, siguiendo para ello doctrina de la CSJN en el fallo antes mencionado; existe un hecho único (las normas emitidas por las autoridades del ejecutivo) con un efecto común que impacta en las mujeres niñas y adolescentes que encuadren en los supuestos del aborto voluntario no punible. También agrega que el interés individual aisladamente no justifica que cada persona promueva una acción particular y el grupo colectivo afectado está claramente definido. Por fin, defiende la trascendencia social de los derechos protegidos. Sostiene que la legitimación procesal se basa en su carácter de habitante de acuerdo con el art. 14 CCABA. Defiende la idea según la cual la ADI y el amparo constituyen un sistema dual no subordinante ni excluyente y “cuando el objeto de la pretensión es proteger derechos colectivos de grupos vulnerables el medio judicial que debe ser empleado es la acción de amparo colectivo y cuando el objeto de la pretensión es superar la antinomia normativa meramente abstracta el medio judicial que debe utilizarse es la acción declarativa de inconstitucionalidad” (fs. 658 vuelta). Ataca la sentencia arguyendo que en el caso concurre una cuestión de discriminación interseccional (fs. 660 vuelta). Finalmente, indica que el control de convencionalidad sobre el decreto N° 1504/2012 es suficiente argumento para avanzar en su análisis.

Por su parte, **Rachid** presenta en su recurso determinados agravios que son similares a los planteados por Gil Domínguez. Expresa, por ejemplo, que la resolución de la Cámara conculca derechos de incidencia colectiva del grupo social compuesto por las personas con capacidad de gestar que encuadren en los supuestos

previstos en el art. 86 incs. 1 y 2 CP. Y suma que tales derechos para su protección cuentan con la acción colectiva.

Las **organizaciones conjuntas** explican, en su remedio, que la sentencia es arbitraria porque frustra el acceso a una **tutela judicial efectiva** en relación al **derecho a la salud** de la clase constituida por las mujeres niñas y adolescentes o personas con capacidad de gestar que requieren realizarse un aborto no punible. Luego, para defender el medio procesal escogido, sostienen que “a igualdad de medios judiciales (...) puede recurrirse al amparo y la letra de la ley fundamental no puede interpretarse restrictivamente” (fs. 734 vuelta). Agregan que la ADI resulta incompatible con la pretensión contenida en el objeto del amparo porque además de pedirse la declaración de inconstitucionalidad de la resolución, se exige al GCBA que adecue los puntos cuestionados. Más adelante, argumentan que se trata de una acción colectiva y que la clase está determinada pero que a contrario de lo que expone la Cámara, en un proceso colectivo no se precisa la determinación cuantitativa sino cualitativa de la clase o grupo social afectado. Por fin, señalan que el control de convencionalidad se aplica al decreto de veto porque aquel constituye una obligación del Estado que alcanza al Poder Judicial, por ende, la Sala equivoca su criterio de considerar cualquier avance sobre un decreto de veto como materia no judicialable.

La Cámara del fuero, mediante resolución de fecha 9/12/2016, concedió los recursos de inconstitucionalidad en relación a los siguientes agravios:

- (i) la vía intentada (arts. 113 inc. 2 y 14 CCABA);
- (ii) la existencia o no de un “caso” (art. 116 CN) y
- (iii) la “determinación de si las normas impugnadas por los actores (...) resultan compatibles con la Constitución Nacional (...)” (fs. 803 vuelta).

6. Adelanto que los recursos de inconstitucionalidad de cada una de las partes fueron correctamente concedidos por la Sala de la Cámara del fuero y serán admitidos porque la decisión del *a quo* de fecha 29/12/2012 lesiona derechos de raigambre constitucional y es contraria desde una perspectiva de salud pública y derechos humanos.

Las presentaciones de las actoras comparten, de conformidad con lo desarrollado en los puntos anteriores y de lo que surge de las “resulta”, los siguientes aspectos: primero, son acciones de amparo de incidencia colectiva cuyo fundamento, básicamente, fue la necesidad de utilizar un medio procesal robusto que aliente la defensa constitucional de los derechos a la vida y salud del grupo colectivo involucrado. En este punto, y como segunda cuestión, todas las acciones consideran que el colectivo involucrado como clase o grupo



Expte. nº 13918/16

social, está determinado cualitativamente por el universo de aquellas personas con capacidad de gestar que, estando en las condiciones previstas por el art. 86 (1 y 2) CP, requieran garantía de acceso a la técnica de interrupción del embarazo. En tercer punto, las acciones se plantean contra el GCBA —como gestor e impulsor de la resolución ministerial N° 1252— porque el procedimiento que allí se determina obstaculiza la posibilidad de acceder a un aborto no punible, circunstancia que genera una desprotección jurídica al libre y pleno desarrollo del derecho humano a la salud y vida. También, comparten las actoras, que el estudio de validez constitucional de un decreto de veto es factible, considerando el control de convencionalidad cuyo ejercicio es obligatorio para todos los órganos que componen al Estado.

La sentencia de la Alzada, contraria a los intereses pretendidos por las actoras, en síntesis, expresa que la acción de amparo colectivo resultó una vía no idónea para realizar el planteo de inconstitucionalidad (debió optarse por la ADI). Tampoco hay caso o controversia judicial (tutela de objetos de incidencia colectiva) y por ello, las partes carecen de legitimación activa. Circunstancia dada, según los magistrados, por la ausencia de un bien colectivo (no alcanza con referir al derecho a la salud, vida, autonomía y dignidad), indeterminación de grupo social afectado y falta de acreditación de prácticas discriminatorias. Finalmente, la Cámara desecha el control de constitucionalidad sobre el decreto de veto por ser materia ajena al ámbito de intervención judicial.

Los agravios constitucionales que delinearon las actoras, en mayor o menor medida, coinciden.

Considero que corresponde atender en principio al agravio constitucional articulado alrededor de la falta de caso o controversia conforme lo expone la Cámara. Luego atender al vinculado con la vía escogida por las partes.

7. Primer agravio: existencia de un derecho colectivo, legitimación activa y concreto caso judicial

Para encuadrar la controversia suscitada, resulta oportuno citar lo sustancial de las normativas emitidas por el GCBA.

El anexo de la resolución N° 1252/MSGC/12 tiene por objeto establecer un procedimiento para los efectores del subsistema de salud pública para la asistencia sanitaria de las prácticas de aborto no punibles (art. 86 inc. 1 y 2 CP).

En lo que aquí importa, el art. 2 dispone que “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 de 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 presente”.

El art. 9 regula el procedimiento para el supuesto contemplado en el inc. 1 del art. 86 CP, indicando que “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 (...) 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 (...); b) Deberá requerirse el consentimiento informado de la mujer embarazada o de su representante legal, de acuerdo a 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 Niñas, Niños y Adolescentes; c) Deberá brindarse asistencia psicológica a la mujer (...) Con el consentimiento informado, la interrupción de la gestación deberá efectuarse en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, según la emergencia o urgencia del caso”.

El art. 10, por su parte, refiere al mecanismo a seguirse en los supuestos del inc. 2 del art. 86 CP respecto de situaciones de violación. En este caso, el inc. b) señala que deberá constar “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”.

El art. 11, regula las constancias que se deben acompañar para los supuestos en los que el embarazo sea producto de “un atentado al pudor de una víctima con discapacidad mental”. Se indica, por ejemplo en el inc. c), “Declaración de insania, debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedido por autoridad competente”.

El art. 17 prescribe que “(...) la práctica deberá realizarse dentro del límite gestacional de doce (12) semanas, con el correlato ecográfico correspondiente” y el siguiente artículo, determina que se “constituirá un equipo interdisciplinario “ad-hoc” (...) En caso de considerarlo pertinente, el/la Directora/a del Hospital podrá integrarlo con otro/a profesional del nosocomio. Dicho equipo no podrá estar integrado por profesionales objetores de conciencia”.



Expte. nº 13918/16

Finalmente, el art. 19 y siguientes del Capítulo V refieren a Objetores de conciencia. Dispone que “Los profesionales de la salud tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia respecto de la práctica médica objeto del presente y no serán pasibles de sanción laboral de ningún tipo (...)”.

El decreto N° 504/12, por su parte, veta la ley local N° 4318, sancionada por la Legislatura porteña el día 27/09/2012. Entre sus fundamentos, el Jefe de Gobierno alega que el proyecto (i) “contiene prescripciones que exceden los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desconocen la homogeneidad del sistema jurídico establecido por la Constitución Nacional y contrarían expresas disposiciones constitucionales y del derecho de fondo (...)”; (ii) “Debe evitarse la vigencia de una norma que presenta contradicciones, y cuya efectiva implementación impedirá el cumplimiento de los fines perseguidos por la Ley (...)”. Luego, se abordan artículos en particular, como por ejemplo el art. 5, sosteniendo que lo allí establecido modifica la literalidad del concepto previsto en el art. 86 (1) CP al “incorporar como no punible el aborto llevado a cabo en los ‘casos de peligro para la salud integral’” o el art. 8 argumentando que el proyecto de ley convalida sin más la práctica de interrupción del embarazo a partir de los 14 años de edad, circunstancia que contradice el Código Civil que indica que los menores adultos son incapaces relativos para la realización de los actos de la vida civil. También, se desacredita lo dispuesto en el art. 17 por contener cuestiones de “naturaleza penal”.

Se recuerda que la ley local vetada establece mecanismos para una atención integral de los abortos no punibles. Así, se delimitan prestaciones tales como la realización de diagnósticos, y estudios pertinentes o el acceso a tratamiento psicoterapéuticos (art. 3). También se resuelven mecanismos de constatación en casos que pongan en peligro la vida (art. 4) o la salud (art.5) de la persona víctima o en los supuestos de violación (art. 6). La ley N° 4318 resuelve la cuestión del consentimiento informado (art. 7) y específicamente valida el consentimiento de la persona a partir de los 14 años de edad (art. 8). Asimismo, el art. 9 determina que “se debe garantizar la constatación de la causal en el menor plazo posible y la realización de las prácticas médicas necesarias para la interrupción segura del embarazo en un plazo no mayor a los cinco (5) días corridos desde que ésta se indique o se solicite”. El artículo siguiente determina que sólo se admiten las imposiciones que están previstas en el código penal o en la presente ley. Los arts. 11 a 13 regulan el derecho a la objeción de conciencia y el art. 14 fija una pauta de interpretación de ampliación de derechos para acceder a la práctica objeto de la ley. En este sentido, se procura la regla de la accesibilidad (art. 15). Finalmente, los arts. 16 y 17

remiten a la difusión, capacitación y sanciones que refieran a lo estatuido por la ley en cuestión.

Lo hasta aquí transcripto se corresponde con un acto de una autoridad administrativa —GCBA— que, primero, se traduce en una resolución ministerial destinada a regular el procedimiento para la asistencia médica en casos de prácticas de aborto no punibles, y luego en un decreto que veta un proyecto de ley local. Este acto de autoridad debe ponerse en contexto con el fallo de la CSJN emitido en la causa caratulada “F.,A.L. s/Medida autosatisfactiva de fecha 13/03/2012, mediante la cual se determinan estándares de interpretación del artículo ante citado para garantizar la efectividad de la práctica del aborto no punible.

Corresponde recordar que el art. 86 (1 y 2) CP refiere, en lo pertinente al caso, que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

De los términos de la resolución ministerial que se intenta impugnar surge con claridad que el grupo o clase a la que se dirige la implementación del procedimiento para acceder al aborto no punible está delimitado —particularmente— por toda persona con capacidad de gestar (mayor o menor de edad y con o sin discapacidad en su salud mental) y que “solicite la práctica de aborto no punible” de acuerdo con lo estatuido por el citado art. 86 (1 y 2) CP. Repárese, por ejemplo, en el art. 5 del Anexo que invoca a las personas menores de edad y a “las declaradas incapaces por sentencia judicial”, el art. 6 que remite a “Toda mujer que solicite la práctica de aborto no punible” o el art. 9 que señala “La atención de aborto no punible en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada (...)”.

Como se observa, es la propia resolución la que interpela al grupo en cuestión. Ahora bien, más allá de ello, el acceso al aborto no punible en las condiciones más favorables para su ejercicio tiene como sujeto titular —necesariamente— a todas las personas que tienen capacidad de gestar y su situación se corresponda con los presupuestos que legalizan la práctica; allí están las mujeres y los varones trans, mayores o menores de edad y con o sin discapacidades. Este grupo poblacional se encuentra, por lo tanto, en condiciones de exigir la atención integral de los abortos no punibles al Estado (cualquiera sea su jurisdicción) que tiene doble responsabilidad; (1)



Expte. nº 13918/16

respetar las libertades y derechos humanos de las personas y (2) garantizar su pleno ejercicio sin discriminación de ningún tipo.

A su vez, el aborto y los supuestos de abortos no punibles integran el campo del derecho a la salud y en particular, el que se corresponde con el derecho a la salud sexual y reproductiva. Así, guarda relación con el cuerpo, la dignidad y la autonomía de la persona con capacidad de gestar, de contar con la garantía de lograr un bienestar físico, emocional, mental y social en relación con su sexualidad y su comportamiento reproductivo (libre decisión de reproducirse). La interrupción voluntaria del embarazo, en tanto involucra el (1) cuerpo de quien gesta y (2) la necesidad de contar con condiciones de seguridad e integralidad médico sanitaria para su práctica, es un asunto que trasciende el ámbito personal y es público.

El art. 12 PIDESC prescribe que “1. 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”.

La observación general N° 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, considera que tal derecho “no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (8).

Luego se aclara que el más alto nivel posible de salud tiene en consideración las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (9).

Debe recordarse que el concepto de salud que brinda la Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene una esfera individual relativa a la salud médica según cada persona y una faz social, que involucra la participación activa del Estado para garantizar la accesibilidad del derecho (por ejemplo, elaboración de políticas sociales), dada la existencia de factores sociales de la salud.

Así, la constitución de la OMS concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”.

La noción de “determinantes sociales de la salud” involucra a los recursos públicos destinados a eliminar todo tipo de barreras que impidan el acceso integral al derecho a la salud. En este aspecto, el derecho a la salud se vuelve una prerrogativa pública y colectiva con

obligaciones determinantes para el Estado. En efecto, es la observación general la que impone el marco normativo que debe observar el Estado a fin de garantizar el requerimiento del “más alto nivel posible de salud”; “El derecho a la salud (...) abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...):

- a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte (...).
- c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.
- d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Es indudable que en el marco de la obligación de garantizar la salud integral de las personas, el Estado asume responsabilidades como principal garante. El derecho internacional de los derechos humanos deja en claro la trascendencia social de la cuestión y su interés público. En este sentido, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— (aprobado por la ley N° 24.658) prescribe en su art. 10 que “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público (...)”

En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve que la salud es un bien público “cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado” (89) y agrega “La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de



Expte. nº 13918/16

las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos” (90)

Por su parte, la observación general N° 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) define con exactitud las obligaciones que le corresponden al Estado para garantizar el acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas.

Aquí se define la salud sexual como “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad” y a la salud reproductiva como “la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo” (6).

Además, considera que “El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y seguridad de las personas (...) Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes” (10).

Indica que “La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva” (28).

Menciona como ejemplo de violación de derechos fundamentales por parte del Estado “el establecimiento de obstáculos

“2018 - Año de los Juegos Olímpicos de la Juventud”

legales que impiden el acceso de las personas a los servicios de salud sexual y reproductiva, como la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto y de las relaciones sexuales consentidas entre adultos” (57).

Esta observación evidencia que el aborto y los abortos no punibles tienen que ver con el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva e impone obligaciones concretas al Estado. Incluso la reciente Recomendación general N° 35 de la CEDAW, en el punto 18 determina una serie de formas de violencia basadas en el género entre las cuales explícitamente enumera la esterilización forzada, el aborto forzado, la criminalización del aborto y la denegación o la dilatación al aborto seguro o al cuidado post-aborto. Tales formas, afirma la recomendación, lesionan el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Insisto, el acceso a los abortos no punibles —en tanto ligado a la salud integral— tiene indudable incidencia social en la medida en que su regulación —desde un enfoque de derechos— concierne a la protección de la salud sexual y reproductiva de las personas que tienen capacidad de gestar y se proyecta hacia el Estado como principal gestor, promotor y garante de políticas sociales en materia de salud (especialmente cuando están involucrados los intereses de grupos sociales con mayor índice de vulnerabilidad).

El Estado tiene el compromiso de gestionar y garantizar prestaciones sanitarias que no pongan en peligro la salud y la vida digna de las personas que estando en condiciones de realizarse la práctica de interrupción voluntaria del embarazo no punible, así lo deseen. A su vez, el aborto como una prestación médico-sanitaria específica requiere que el Estado cumpla en proveer sistemas de servicios de atención de la salud equitativos, accesibles, asequibles y universales. Ello se traduce, por ejemplo, en instalaciones equipadas adecuadamente, efectores/as de salud idóneos o el suministro de medicamentos elementales para apaciguar las dolencias post-práctica.

Como cuestión pública, el aborto y sus formas legales son un derecho humano cuya regulación y des-criminalización no sólo está destinada a reducir las tasas de morbilidad y mortalidad por prácticas irregulares y clandestinas, sino afianzar el derecho que tiene toda persona de decidir autónomamente sobre su cuerpo en el ámbito de su sexualidad y reproducción responsable.

Debe comprenderse, en este sentido, que la capacidad de gestar y la realización del derecho de las personas a la salud integral (incluida la salud sexual y reproductiva) es sustancial para la realización de todos los otros derechos humanos, como el derecho a la autonomía decisional, a la integridad y libertad personal y la posibilidad de ejercitar lo atinente para proteger la propia vida y salud personal.



Expte. nº 13918/16

Corresponde agregar que el derecho a la salud integra el derecho a la vida. Tal como lo prevé la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso *Vera Vera y otras vs. Ecuador*, “Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (...)”.

Por fin, robustece el criterio de que el aborto es un tema de salud pública, el criterio sustentado por la CSJN en el referido caso “F.,A.L.” cuando subsume la problemática del aborto no punible en el marco de acceso a los servicios de salud y reconoce al Estado en su posición de garante; “25. Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”.

Ahora bien, circumscripita la cuestión dentro del campo del derecho a la salud y su interés público, la materia en disputa se corresponde con la categoría de los denominados derechos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos conforme lo previsto en el fallo “Halabi” (fallos: 332:111) de la CSJN.

En esta resolución se delimitan tres tipos de derechos: (1) individuales, (2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (3) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. El máximo Tribunal considera que esta última clase de derechos son admitidos por la Constitución Nacional en el párrafo segundo del art. 43, entre los que incluye los supuestos vinculados con la salud o que afectan a los sectores menos protegidos (considerando 13°).

La CSJN indica que la procedencia para esta clase de acciones precisa la concurrencia de:

- a) una causa fáctica común que lesione a una pluralidad relevante de derechos individuales;
- b) una pretensión procesal enfocada en el criterio colectivo o efectos comunes sobrevinientes a de ese hecho;
- c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado y

d) un interés estatal en la protección de tales derechos por su trascendencia social o las características del grupo afectado (considerando 13°).

En el precedente, la CSJN señala concretamente que “(...)la acción resultará de todos modos procedentes en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos” (considerando 13°).

La Sala descarta la existencia de un derecho colectivo —en general— y de tipo individual homogéneo —en lo particular— porque explica que en el planteo procesal las partes actoras no precisan el grupo o colectivo afectado. Dicen los magistrados que “(...) el universo de individuos que conforman la clase deber ser pasible de ser determinado, para poder efectuar una adecuada composición de la litis que otorgue la posibilidad a cada uno de los afectados por la normativa de solicitar ser alcanzados, o no, por los efectos de la sentencia (...) Es imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentren —o se encontrarán— embarazadas y con intención de interrumpir la gestación (...)” (fs. 622/vuelta).

Este criterio es compartido por el Sr. Fiscal General Adjunto cuando en su dictamen informa que “no surge que se accione en defensa de la misma ‘clase’ o, en otras palabras, no surge que la ‘clase’ se encuentre determinada (...) Así, mientras que para algunos actores la clase estaría conformada por las mujeres, niñas y adolescentes que se encuadran en los supuestos de abortos voluntarios no punibles (...), para otros la clase está conformada por toda niña, adolescente y mujer afectada en su salud mental que de modo actual o, en adelante, solicite la práctica médica (...) en otra presentación la clase estaría conformada por toda persona con capacidad de gestar (...)” (fs. 827 vuelta, del dictamen obrante en el expte. N° 13918/16).

Ambos tienen una mirada sesgada, restringida y equívoca sobre cuál es el grupo social al que se señala en el marco del derecho colectivo involucrado. Ninguno visualiza que, en efecto, el sector poblacional afectado es aquel que ellos mismos descartan como posible; todas aquellas personas con capacidad de gestar (afectadas o no en su salud mental) que precisen acceder a una práctica de interrupción voluntaria de embarazo prevista en el art. 86 (1 y 2) CP.

Los argumentos que ambos utilizan para sustraer la calidad de grupo o clase social son insostenibles a la luz de los derechos constitucionales en disputa; vida digna, salud y garantía a una tutela judicial efectiva. Exigirles a las actoras una identificación cuantitativa



Expte. nº 13918/16

desvirtúa la noción pretoriana de “caso colectivo de incidencia individual homogénea”. Lo que importa en este aspecto es la cualidad del sector social involucrado y su postergación en materia de acceso a derechos constitucionales (incluido la práctica de interrupción voluntaria del embarazo). En el caso, además, se debe prestar especial atención a las vulnerabilidades estructurales en que se hallan habitualmente las mujeres, niñas y adolescentes y los varones, niños y adolescentes trans, con o sin discapacidad, por motivos de su género, edad, diversidad corporal y capacidad.

El grupo afectado o amenazado en el no acceso seguro, voluntario y legal a las técnicas de interrupción del embarazo coincide con aquellos sujetos que son particularmente vulnerables a la violencia, discriminación y criminalización por parte del Estado. Hay patrones socioculturales discriminatorios que consolidan brechas inequitativas en lo social, económico, legal y político, y desarma la posibilidad de cualquier reconocimiento de su capacidad autónoma como sujeto de derecho (lo que incluye tomar control del propio cuerpo en condiciones dignas). Las personas a las que las actoras señalan como colectivo afectado son tales porque sus derechos son puestos en constante situación de riesgo a ser violados, como dije, en base a la interconexión de factores que le imprimen forma a la dominación y opresión por su género, edad, capacidad y situación socio económica.

Iris Marion Young considera que los grupos sociales no se definen únicamente por la “colección de atributos compartidos” sino por un “sentido de identidad”. Señala la autora: “A pesar de que a veces los atributos objetivos son una condición necesaria para clasificarnos a nosotras mismas o a los demás como pertenecientes a cierto grupo social, son la identificación con una cierta categoría social, la historia común que genera la categoría social y la autoidentificación las que definen al grupo como grupo” (Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 79). La resolución que determina la ausencia de grupo o clase, lo hace sobre el criterio de desconocer las prácticas sociales y las instituciones que estructuran, refuerzan y legitiman ciertas opresiones sobre determinado sector de la sociedad. Exigir la individualidad para el caso presente no sólo contradice lo dicho por la CSJN en el caso “Halabi” y el propio marco regulatorio de la resolución en conflicto, sino que implica asumir una postura individualista para un modelo de administración de justicia sobre un tema cuyo interés es indudablemente público.

La lectura de la Cámara priva de efectos legales el ejercicio inmediato de una tutela judicial y desatiende, por ello, la obligación que recae sobre el Estado de garantizar la disponibilidad de tales procedimientos judiciales efectivos e inmediatos. Le asiste razón a la

co-actora cuando a fs. 746 sostiene que “requerir una damnificada concreta implica desconocer el carácter preventivo de la acción de amparo y exigir en consecuencia la producción de un daño para poder recurrir a la Justicia”.

Para el caso planteado en estas actuaciones, las actoras adecuadamente circunscribieron la cuestión dentro de la categoría de derechos colectivos y especialmente en los referidos a intereses individuales homogéneos.

Los requisitos concretos para dar cuenta de ello, se cumplen satisfactoriamente; existe un hecho común — la resolución ministerial N° 2152 y el decreto de veto N° 504 emitidos por la demandada— que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales de un grupo o sector prioritariamente protegido —personas con capacidad de gestar (mayores o menores de edad y con o sin discapacidad en su salud mental) y que desean acceder a una práctica de aborto no punible— de derechos que tienen trascendencia pública —salud y vida digna— y el ejercicio individual (aislado) no aparece plenamente justificado para promover demandas individuales.

También es errónea la postura de los magistrados cuando indican que “ (...) y en lo que a falta de configuración de proceso colectivo se refieren, tampoco es posible aducir que la cuestión versa sobre regulaciones que impliquen o conlleven discriminación (...) se requiere para habilitar la vía del amparo colectivo fundado en razones de discriminación es la demostración de que el acto u omisión cuestionado, o las normas en los que tal conducta se funda, altere de modo irrazonable o injustificado la garantía de igualdad (...)” (fs. 623).

El equívoco está, una vez más, en la falta de una perspectiva de análisis desde el paradigma de los derechos humanos. Las demandas colectivas contra el GCBA fueron formuladas para defender determinados derechos constitucionales del sector social ya categorizado y sobre el cual —según las actoras— los actos de la demandada —la resolución ministerial y el decreto de veto— obstaculizan el pleno acceso a lo que por ley les corresponde. La aseveración de la Cámara es precipitada porque afirma la no discriminación sin considerar el proceso colectivo. Además, las actoras alegan, en sus respectivos escritos, que las normativas impugnadas afectan desproporcionadamente a quienes quieren realizarse la práctica de aborto legal. Y esa afectación constituye la denuncia de una violencia que es una práctica discriminatoria (cf. la Recomendación general N° 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer).

La Sala reduce la noción de discriminación a la de igualdad ante la ley, sin profundizar en las condiciones de sometimiento en que se hallan habitualmente los sujetos que requieren voluntariamente



Expte. nº 13918/16

acceder a la práctica de abortos no punibles y no considera, por ejemplo, la existencia de discriminación indirecta que “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” (Observación general N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En esta línea, la Cámara vuelve a restringir la pertenencia colectiva del grupo implicado sin atender al criterio según el cual “Al determinar si alguien está comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión. La pertenencia también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo)” (16 de la Observación general antes citada).

Trae claridad en perspectiva transversal lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación general N° 22: “La no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad (...) La no discriminación y la igualdad requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la igualdad sustantiva (...) Las necesidades en materia de salud sexual y reproductiva de grupos específicos deben ser objeto de una atención especializada. Por ejemplo, las personas con discapacidad (...)” (23-24). Luego, informa “La no discriminación por razón de sexo, garantizada en el artículo 2 2) del Pacto, y la igualdad de las mujeres, garantizada en el artículo 3, requieren eliminar no solo la discriminación directa, sino también la indirecta, y asegurar la igualdad formal y sustantiva” (26).

La Sala al desestimar el proceso colectivo por objeto de la acción, por los argumentos expuestos lesiona la garantía de una tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Considero que las actoras demuestran conforme el objeto de su pretendida acción, la tutela de un bien colectivo relativo a intereses individuales homogéneos. Demuestran la existencia de un objeto de índole colectiva y la

existencia de un sujeto al que se dirige la acción para defensa de sus derechos constitucionales.

Segundo agravio: la vía escogida por las partes es correcta

El otro agravio está circunscripto a la vía escogida. La Cámara apunta que la acción judicial debe tramitar mediante acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI). Dice que “nuestro diseño institucional ha puesto —de manera exclusivo y excluyente— el pronunciamiento concentrado y abstracto sobre adecuación constitucional en cabeza del máximo tribunal de la Ciudad (...) En la acción entablada por los actores no hay caso, no existe sujeto alguno con respecto a quien se pretenda una conducta u omisión por parte del GCBA. La cuestión propuesta se limita —lisa y llanamente— a un cotejo entre normas de distinta jerarquía” (fs. 624).

Dicha interpretación es restrictiva y contradice las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva (art. 14 CCABA). El principal argumento de la Cámara para rechazar el amparo judicial (dictar su inviabilidad) es la ausencia de caso concreto. Pero como señalé, las actoras tienen una causa (art. 116 CN) que se corresponde con intereses colectivos y en cuya disputa se encuentran actos emanados de una autoridad pública, donde el impacto —de acuerdo con las pretensiones esgrimidas— lesiona derechos constitucionales (colectivos de tipo individuales homogéneos).

El art. 14CCABA prescribe que “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos (...)”.

Esta norma consagra el derecho a la protección judicial y de acceso a la justicia, recurriendo para ello al amparo y consagrando una tesis amplia en cuanto a la legitimación activa para situaciones en que están involucradas prácticas discriminatorias o afectaciones a derechos colectivos. Señala, también, la obligación estatal de garantizar a todo/a habitante la posibilidad de recurrir a la administración de justicia para ejercitar derechos. El recurso judicial del amparo sirve para que los/as



Expte. nº 13918/16

habitantes puedan impugnar aquellos actos de autoridad que consideren vejatorios de derechos o garantías constitucionales. Por otro lado, hay garantías judiciales que se deben observar en los respectivos recursos judiciales, como por ejemplo, la garantía general de proteger en todo momento la dignidad de la persona, resguardar el principio de legalidad o atender al debido proceso.

En las presentes actuaciones, se tiene por existentes determinadas normas, especialmente la resolución N° 1252/2012, que fueron emitidas por la autoridad demandada en su carácter de sus atribuciones y competencias que a la vista de las aquí demandantes, son consideradas violatorias de derechos fundamentales (vida digna, salud, autonomía e integridad personal). Los criterios sobre los cuales sostienen sus demandas, razonablemente, involucran intereses colectivos. No se advierte la existencia de otro medio judicial más idóneo que el amparo para contrarrestar los efectos de los actos de autoridad. Asimismo, las notas de inminencia y actualidad están cumplidas en el preciso instante en que los actos de autoridad fueron emitidos e indicados como lesivos a determinados derechos de incidencia colectiva y constitutivos de formas de discriminación contra determinados sujetos.

Por ende, la elección del recurso del amparo colectivo luce ajustado a derecho. Además, cada una de las partes involucradas tienen suficiente legitimación activa para incoar el procedimiento judicial. En este punto, el art. 14 CCABA literalmente expresa que cualquier habitante o persona jurídica defensora de derechos humanos o intereses colectivos tiene legitimación para interponer acción de amparo. En efecto, las involucradas certifican que su actuación está legitimada por cuanto son habitantes de la Ciudad o por ser organizaciones defensoras de derechos humanos conforme los estatutos presentados oportunamente.

La resolución de la Sala, en este punto, es contraintuitiva del derecho al acceso a la justicia y de garantizar recursos efectivos de tutela judicial porque invalida una vía que, guste o no, está destinada a ofrecer a todo/a habitante o persona jurídica defensora de derechos humanos un remedio expedito, rápido y gratuito contra actos de autoridad lesivos a derechos colectivos. No alcanza para deshacer este efecto, el argumento que emplea la Sala respecto de la existencia de la ADI. Lo cierto es que la resolución rechaza el amparo como medio idóneo. La propia Cámara intenta defender la “mayor idoneidad” de la ADI (art. 113 inc. 2 CCABA) en detrimento del amparo (art. 14 CCABA) mediante una interpretación comparativa de ambos institutos que se comportarían excluyentemente. Pero no alcanza para defender esa mayor idoneidad al calor de los hechos y derechos invocados por las actoras. No hay razones constitucionales que avalen el criterio de esa

exclusión; en la Constitución local la ADI y el amparo son instrumentos de protección legal que soportan su uso en paralelo siempre y cuando se corresponda con los presupuestos de su admisibilidad. Las demandantes, en este aspecto, consideran corresponde la vía del amparo colectivo y conforme lo indiqué, tales prerrogativas se cumplen. Fue la Sala que erró su mirada al conjunto de los planteos y por ende, termina rechazando el amparo como medio procedimental.

También la Cámara incurre en una omisión fundamental: no consideró a los efectos de evaluar el estado en el cual le llegó la situación en disputa —un amparo colectivo con derechos de incidencia colectiva denunciados lesionados por actos emitidos de la demandada— el principio *pro persona* que informa a todo el sistema de derechos humanos y según el cual toda pauta de interpretación que implique o involucre restricciones al efectivo ejercicio de acciones en la defensa de derechos humanos debe optarse por la menos restrictiva de todas.

En el caso, los magistrados convalidaron el rechazo de la acción de amparo porque acotaron la noción de grupo social y de derechos de incidencia colectiva para el supuesto del aborto no punible. Luego, confrontaron el amparo como recurso inidóneo frente a la ADI imputándoles el desconocimiento a las actoras con una visión tajante de ambos institutos, sin compatibilizar el contexto en que la situación de autos sucede o al menos los intereses sociales que involucran las denuncias.

Es más, “si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo” (Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador* párrafo 131). Circunstancia que fue obturada por la Sala al no haber considerado el criterio *pro persona* para analizar las normas en juego y en especial, omitiendo a las personas que son indicadas como víctimas de violación de derechos constitucionales por actos emanados de una autoridad pública (vg. mujeres o varones trans). La Cámara debe prestar especial atención en caso de que se trate de personas que tienen protecciones más robustas por ser víctimas históricas o frecuentes de estructuras de poder desproporcionadas e inequitativas.

El amparo judicial, conforme lo que vengo sosteniendo, es el medio idóneo en las actuales condiciones para encauzar las pretensiones de las actoras.

Tercer agravio: control de convencionalidad sobre el fondo

La Sala, finalmente, concedió el recurso de inconstitucionalidad para determinar si “las normas impugnadas por los actores (...) resultan compatibles con la Constitución Nacional, con los instrumentos



Expte. nº 13918/16

internacionales con jerarquía equivalente y con la CCABA. En conexión con esta cuestión, establecer si la decisión recurrida omitió realizar el control de convencionalidad al que se hallaba obligada” (fs. 803 vuelta).

Pero en la sentencia que resuelve los recursos de apelación del GCBA y del Ministerio Público Fiscal, los magistrados no ingresaron a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la resolución N° 2152/2012 porque previamente determinaron que las actoras no lograron articular un caso y equivocaron la vía procesal escogida para realizar la impugnación.

Considerando los términos de mi voto y el temperamento de la Alzada, estimo adecuado reenviar la causa para que otros/as magistrados/as realicen el control de constitucionalidad que vienen a defender las demandantes respecto de la resolución N° 2152/2012.

En relación con la constitucionalidad del decreto de veto, también debe mantenerse idéntico criterio porque la Cámara explica que “toda vez que la impugnación del veto instrumentado por su conducto persigue un mero control de legalidad, en tanto (...) no se ha demostrado en autos la existencia de afectación directa y concreta a sujeto particular alguno o clase susceptible de ser individualizada, en principio, son aplicables con respecto a tal cuestión las consideraciones efectuadas en los acápites precedentes relativas a la ausencia de caso, falta de legitimación e improcedencia de la vía. Ello, bastaría para revocar el pronunciamiento de grado” (fs. 626).

Sin perjuicio de ello, en el recurso de inconstitucionalidad las actoras se agravan del criterio de la Cámara según el cual “el estudio judicial del veto del Poder Ejecutivo con fundamento en su irrazonabilidad resulta vedado para el Poder Judicial” (fs. 626 vuelta). Comparten como argumento contrario que existe un control de convencionalidad que se aplica a toda clase de norma y que “En una democracia deliberativa con canales de diálogo racional como fuente de legitimación de la totalidad del sistema, no pueden existir ámbitos normativos exentos del control de convencionalidad sin reparar que dicha situación implica generar una situación de responsabilidad internacional al Estado argentino que conlleva responsabilidad política de los magistrados” (fs. 667/vuelta).

A partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el control de convencionalidad es algo que todos los órganos de un Estado parte deben realizar con el propósito de cumplir con las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos, específicamente, en el ámbito de aquel instrumento y en el marco general propiciado por el derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso *Gelman vs. Uruguay* (I) la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que “Cuando un Estado es Parte de un

“2018 - Año de los Juegos Olímpicos de la Juventud”

tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (193).

Luego, en *Gelman vs. Uruguay* (II) sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte internacional vuelve sobre el punto y dice: “el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad” (72).

Por lo tanto, el argumento de la Cámara según el cual el decreto de veto es una cuestión no revisable en principio no es adecuada siguiendo el estándar interamericano en relación al control de convencionalidad conforme el cual todas las autoridades de un Estado están obligadas a ejercitar. El decreto N° 504/12 es una norma local emanado de las autoridades de la Ciudad y por ello, es posible analizarlo con el criterio anteriormente sustentado. Además, surge de la ampliación de demanda (fs. 72/73) que se pretende un control de constitucionalidad sobre las condiciones de producción del decreto del poder ejecutivo.

8. Por las razones expuestas, corresponde i) hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Maria Rachid, Gil Domínguez, la Asesoría Tutelar y las organizaciones civiles ADC, ELA, CELS y REDI, ii) revocar la sentencia impugnada y iii) devolver las actuaciones a la Cámara para el dictado de un nuevo fallo acorde a lo aquí decidido. **Así lo voto.**



Expte. nº 13918/16

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por María Rachid, Andrés Gil Domínguez, Ministerio Público Tutelar y las organizaciones civiles Asociación por los Derechos Civiles, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Centro de Estudios Legales y Sociales y Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad, costas por su orden.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Inés M. Weinberg no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

