

Expediente: 29/21
Carátula: BERARDUCCI WALTER FABIAN C/ PROVINCIA DE TUCUMAN Y OTRO S/
Descripción: SENTENCIA DEFINITIVA *****
Unidad Judicial: EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SALA II

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Excma. Cámara Contencioso Administrativo - Sala II

ACTUACIONES N°: 29/21

H105021303183

H105021303183

**JUICIO:BERARDUCCI WALTER FABIAN c/ PROVINCIA DE TUCUMAN Y OTRO s/ AMPARO.-
EXPTE:29/21.-**

San Miguel de Tucumán, marzo de 2022.

VISTO: El pedido de medida cautelar formulado por el actor; y

CONSIDERANDO:

I. a. El actor en autos, Walter Fabián Berarducci, con el patrocinio letrado de Pedro Ignacio Bazán, inició la presente acción de amparo en contra de la Provincia de Tucumán y el Sistema Provincial de Salud (SI.PRO.SA.) con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley n° 27.610 de Interrupción Voluntaria y Legal de Embarazo (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, y 21) en el territorio de la Provincia de Tucumán.

Solicitó, a su vez, el dictado de una medida cautelar innovativa a fin de que se suspenda la aplicación de la norma hasta tanto exista pronunciamiento en el presente proceso.

Fundó su pedido cautelar en que, con la vigencia de la ley, se encuentra autorizado el cegamiento de vidas indefensas, lo que entiende que constituye una grave violación al primer y más valioso derecho natural de la humanidad, que es el derecho a la vida, a normas constitucionales y convencionales que lo tutelan desde la concepción, así como el interés superior del niño conforme a las leyes n° 23.849 y n° 26.061, el preámbulo y arts. 40 inc. 1 y 146 de nuestra Constitución Provincial.

Adujo que la legitimación pasiva de la Provincia y del SI.PRO.SA, como entidad autárquica que administra el sistema de salud, se encuentra fundada en que tienen el deber de garantizar el derecho y la protección de la vida desde el momento de la concepción.

Agregó que, encontrándose en vigencia la norma, a los efectos de impedir que su aplicación destruya o evite seguir destruyendo vidas de personas por nacer, en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el preámbulo y en el art. 40 inc. 1 de la Constitución Nacional (CN) y el art. 140 de la Constitución Provincial (CP), solicitó que se ordene la medida cautelar estableciendo la suspensión de la vigencia y/ o la no aplicación en el territorio de la Provincia de Tucumán de la ley n°

27.610 (en sus arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20 y 21).

Adujo que la urgencia en el dictado de la medida surge ante el valor vida que se encuentra en juego, ya que, en el caso cuenta cada minuto y segundo para salvar o condenar una vida.

Sostuvo que cuenta con legitimación procesal activa para promover la acción en su calidad de ciudadano y legislador de la Provincia, en atención a lo establecido por el art. 1º de la ley 26.061, que protege los derechos de los niños, en su tercer párrafo establece que la omisión en la observancia de los deberes que corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de derechos. Remarcó que esta norma, siguiendo los alcances de la ley n° 23.849, declara que se entiende por niño todo ser humano desde el mismo momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

Afirmó que la ley cuestionada menoscaba, violenta, limita y altera la existencia, el ejercicio y el goce del derecho a la vida del niño por nacer, protegido por nuestro ordenamiento jurídico desde la concepción.

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el sentido de que la tutela colectiva es admisible ante la presencia de un fuerte interés social y el mandato constitucional de tutela preferente a sujetos en condición de vulnerabilidad, como niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad. Adujo que la naturaleza de tales derechos excede el interés de cada parte y, al mismo tiempo, evidencia un fuerte interés estatal para su protección por parte de la sociedad en su conjunto.

Fundó su demanda en fundamentaciones de diversa índole: biológicas, antropológicas y jurídicas, entre otras. Sostuvo que el embrión tiene naturaleza humana desde la fecundación dado que contiene en sí el código genético de la persona desde el momento inicial de su vida y hasta su muerte.

Indicó que la CN, a partir de su reforma de 1994, establece que ciertos tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Entre los tratados y convenciones incorporados al cuerpo constitucional, se encuentra la Convención Americana sobre los Derechos del Niño (CADN), la que parte de considerar al niño por nacer en su calidad de persona a todos los efectos jurídicos. Citó el art. 3º de dicho cuerpo normativo, así como el 4º, que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Nuestro país, al ratificar la CADN, efectuó la reserva y/ o declaración interpretativa: que el art. 1º de la Convención debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad (según ley aprobatoria n° 23.849, B.O. 22/10/1990).

Sostuvo que, ante ello, resulta arbitraria e inconstitucional la despenalización amplia del aborto de la norma en crisis. Agregó que la ley n° 26.994, de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial, ratificó lo precedente al establecer en el art. 19 del CCyC que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Entendió por esto que, mientras no se reforme la CN, es y será inconstitucional cualquier norma que pretenda legalizar el aborto. Citó contenidos determinados de las leyes 23.849, 24.174, 20.744, 24.901, 25.543, 25.673, 25.929, 26.061 y 26.994 en tanto aluden al niño por nacer, el embarazo y la existencia de la persona humana desde la concepción.

Citó antecedentes de la CSJN que entendió relevantes en la materia, como el caso Portal de Belén, el caso Sánchez y FAL.

Sostuvo que de los artículos 1 a 3 de la ley 27.610 surge la legislación de lo que llamó el "derecho a abortar", cuando los tratados internacionales en ningún momento declaran o reconocen al estado argentino el legislar sobre el derecho a abortar, contrario a las convenciones internacionales que declaran y defienden el derecho a la vida como prioritario y trascendente para la sociedad.

Entendió que permitir la práctica abortiva hasta la semana 14 del proceso gestacional discrepa claramente con la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, que debe ser garantizado en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño. Agregó que debe recordarse que nuestro país hizo una declaración interpretativa del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobada por la ley 23.849– en el sentido de que "se entiende (por) niño todo ser humano

desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". Que dicho art. 4º de la ley en crisis presenta un contrasentido con toda la normativa vigente en nuestro país, en donde se protege, respeta y reconoce al embarazo y al niño por nacer a partir de las 14 semanas inclusive, que sean eliminados o matados con posterioridad a dicho plazo.

Aludió a las exigencias que la ley impone al personal de salud, las que entendió que resultan ajenas a sus convicciones, bajo la amenaza de sanciones penales, dada la creación de un delito que impone pena de prisión de tres meses a un año a quien dilatara injustificadamente o se negare a practicar un aborto. Adujo que la norma afecta la libertad de actuación profesional. Agregó que el art. 7 de la ley 27.610 requiere de la firma de un consentimiento informado, por lo cual, según lo previsto en la ley n° 26.529 y concordantes, el Estado no se haría responsable de los riesgos que puedan conllevar las prácticas abortistas que promueve. Entendió que este artículo colisiona con el art. 5 de la misma ley, mediante el cual se prevé que el derecho a la información incluye el de no recibir información.

Con respecto a la objeción de conciencia, sostuvo que el objetor se convierte en un cómplice de la práctica abortiva, reduciendo a la nada misma la garantía constitucional de la objeción de conciencia, tutelada por los arts. 14 y 33 de la CN.

Con respecto al art. 13 de la ley, en tanto alude a la capacitación sobre perspectiva de género y diversidad sexual, propone profundizar las cuestiones vinculadas a la ideología de género y aborto como derechos y métodos de enseñanza para la educación de las nuevas generaciones del país, lo que sostiene que aleja a una sociedad plural. Enfatizó que nuestro sistema educativo garantiza la libertad de enseñanza y de elección de la formación ciudadana, que esta norma vulnera.

Adujo que con el aborto libre en Argentina se configura una discriminación hostil a un grupo de personas vulnerables, los niños por nacer, que no cuentan con la debida protección de sus derechos.

Sostuvo, por otro lado, que se produce la vulneración de la autonomía de la Provincia de Tucumán dado que, en virtud del art. 121 de la CN, las provincias conservan todo el poder no delegado, y conforme a los arts. 5, 122 y 123 se asignan y rigen por sus propias instituciones, dictan sus constituciones proclamando en ella declaraciones, derechos y garantías. Entendió que la imposición jurídica que establece el art. 21 de la ley pretende someter a los estados provinciales con respecto a una temática social transcendente que afecta cuestiones básicas de la vida comunitaria, entre otras aserciones ampliamente desarrolladas.

b. Requerido el informe del art. 21, el SI.PRO.SA. lo produjo en fecha 11/03/2021 a través de su letrada apoderada Lucrecia de la Vega Capolungo y con el patrocinio de Silvana María Soria Rossi.

Aludió al principio de legalidad que preside todo el accionar de la administración, la que se encuentra estrictamente sometida a la ley debiendo limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución del orden jurídico.

Remarcó que, en el caso y en consonancia con el principio de legalidad, su mandante tan solo se limita a la aplicación de derecho vigente y a ejercer las facultades que por ley le fueron conferidas, sin que haya existido en su accionar un mínimo vestigio de ilegalidad o arbitrariedad, ya que su actuación se desenvolvió dentro del marco legal previsto para las situaciones que se cuestionan. Entendió que no existe ilegalidad o arbitrariedad o el desenlace de una situación cuya solución pueda generar alguna duda, sino que solo se aplicó el derecho vigente.

Enfatizó que la verdad de los hechos es que su mandante se ha limitado a la valoración de la situación y la aplicación de la ley vigente, y al uso de facultades que legalmente le fueron conferidas. El SIPROSA, como ente autárquico provincial, no participó ni en el debate ni en la votación ni en la promulgación de la ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Por otro lado, refirió que se advierte que el actor carece de todo tipo legitimación activa para interponer la presente acción. Consideró que, dado que un caso judicial supone la existencia de una controversia con relevancia jurídica propuesta por quien está legitimado para ello, que debe ser actual y no hipotética. Sostuvo, en este sentido, que la presentación del amparista no le confiere la legitimación que la ley exige ya que no ejerce ni patrocinio ni la representación de afectado alguno; que ello no lo habilita a interponer un amparo que pretende dejar sin efecto una ley ampliamente debatida y sancionada por ambas Cámaras.

Entendió que el actor no ha invocado ser titular de un derecho o interés legítimo propio, es decir, de una relación jurídica sustantiva con la Provincia o el SI.PRO.SA., tampoco acredita la representación

del grupo sobre el que alega se afectan derechos constitucionales.

Concluyó que el eje del amparo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad, algo tan palpable que sea susceptible de resolverse rápidamente, casi no necesita de pruebas, ni de testigos, ni de peritos, sino que surge de las actuaciones la ilegitimidad que se invoca. Y que tal situación no se aprecia en la ley cuestionada, la cual fue ampliamente discutida y debatida en ambas Cámaras del Congreso de la Nación.

c. En igual fecha, se presentó en autos la Provincia de Tucumán y, a través de su letrada apoderada **María Sofía Gandur**, presentó el pedido de informe circunstanciado previsto en art. 21 de la ley 6944.

Refirió, en primer lugar, que no se ha encontrado reclamo alguno en las dependencias administrativas de la Provincia de Tucumán en el que se ventilen cuestiones relativas a los hechos que se denuncian en el escrito de la demanda presentada.

Entendió que no se evidencia en el caso acto, omisión o hecho de órganos o agentes de la Provincia de Tucumán o entes autárquicos provinciales que, en forma actual o inminente, viole, lesioné, restrinja, altere o amenace violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías que esgrime es actor. Sostuvo que por ello su mandante no puede ser imputado de ninguna conducta por acción u omisión.

Seguidamente, hizo referencia al proceso histórico que culminó con la promulgación de la ley 27.610 y lo que ocurrió a partir de entonces en nuestro país, al que cabe remitirse en homenaje a la brevedad.

Sostuvo que desde su promulgación, la ley ha sido cuestionada judicialmente mediante distintas acciones presentadas en los juzgados provinciales y federales de nuestro país sin éxito alguno, con la única excepción de la sentencia dictada por la jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 19 de la ciudad de Resistencia, que suspendió la vigencia de la Ley 27.610 en el territorio chaqueño. Enumeró las causas judiciales entabladas en contra de la norma.

Afirmó que la ley 27.610 contiene derecho federal en los arts. 1 al 13 y derecho común, y a raíz de la modificación del Código Penal, en los arts. 14 a 18. Afirmó que el derecho común que se regula con la ley debe ser de aplicación regular en todo el territorio nacional, dado que nuestro país no es una confederación y las provincias no pueden decidir "no ratificar" una ley del Congreso en este aspecto, según los arts. 1, 5, 31, 75 inc. 12 y concordantes de la CN.

A este respecto, adujo que según el diseño constitucional e institucional de nuestro país Argentina es un estado federal; desde el punto de vista internacional, el Estado es uno solo, no interesa la estructura interna que adopte; desde el punto de vista interno, el federalismo supone centros diferentes de autoridad, hay una división en el ejercicio del poder político y cooperación y coordinación hacia metas comunes y sujetas -o más bien subordinadas- a reglas contenidas en la ley fundamental.

Entendió que el alcance y extensión del federalismo en nuestro país determina que toda la legislación sustantiva o de fondo se delegó al Congreso Federal (actual art. 75, inc. 12 CN). Es una facultad expresamente delegada por las provincias, cuyo ejercicio le es prohibido a los Estados locales; lo que fue expresamente tratado por la Corte Suprema Nacional, que sostuvo la supremacía de la legislación emanada del Congreso Federal por sobre las constituciones provinciales en "González, Modesto vs. Provincia de Santiago del Estero s/ cobro de alquileres".

Enfatizó que resulta fundamental la existencia de un caso, de lo contrario lo que se estaría cuestionando es un acto emanado del Estado Nacional en abstracto. Es justamente por la inexistencia de caso que se han rechazado casi todos los planteos de inconstitucionalidad de la Ley 27.610 por vía de amparo; y por falta de legitimación activa en las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

d. En fecha 10/05/2021 se presentó en autos la Sociedad Civil de Derechos Humanos ANDHES (Abogadas y Abogados del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales), a través de su Directora Ejecutiva y representante, Fernanda María Marchese; asimismo, se presentaron Fernanda Rotondo y Fernanda María Marchese por derecho propio, en razón de ser personas gestantes. Sostuvieron su legitimación para intervenir en la presente causa así como la inadmisibilidad de la acción propuesta sobre la base de los asertos vertidos, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad.

A su presentación se decretó, en 13/05/2021, "Téngase presente lo manifestado. Resérvese esta presentación para proveerse oportunamente".

II.- Como una cuestión previa y atento a las modificaciones dispuestas por las leyes N° 8.970 y N° 8.971, corresponde tratar en primer término la competencia de este Tribunal para entender en la causa.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 3 de la ley N° 8.971 –que modifica el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 6.238– la Cámara en lo Contencioso Administrativo entenderá en última instancia: 1) de los recursos que se interpongan contra las sentencias y resoluciones dictadas por los Jueces de primera instancia en lo Contencioso Administrativo; 2) en las cuestiones de competencia entre los Jueces de primera instancia; 3) en las recusaciones o inhibiciones de sus propios miembros; 4) como tribunal de Alzada, en las recusaciones de los jueces en lo Contencioso Administrativo; 5) en los recursos establecidos por las leyes especiales contra las decisiones de índole administrativa, emanadas de Organismos Provinciales, Municipales o Entes no estatales que ejerzan prerrogativas de derecho.

Ahora bien, el alcance de dicha norma debe desentrañarse atribuyéndole el significado más coherente en relación con las demás normas que de algún modo están referidas a la competencia de esta Excma. Cámara, pues todas ellas suponen una unidad de sentido que no debe ser soslayada al momento de su interpretación.

En este orden de ideas, la Ley N° 8.970 –modificatoria del Código Procesal Administrativo– refiere de modo expreso al ámbito de actuación tanto de los Jueces de Primera Instancia como de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo; sin embargo, y en lo que aquí importa, el primer párrafo del artículo 26 de dicho cuerpo normativo dispone: "La presente ley entrará en vigencia el día que se pongan en funcionamiento los juzgados de primera instancia en el fuero en lo Contencioso Administrativo".

La interpretación armónica de ambos cuerpos legales permite colegir razonablemente que las disposiciones del artículo 3 de la Ley N° 8.971 igualmente entrarán en vigencia a partir de que se pongan en funcionamiento dichos juzgados, toda vez que no es dable presumir la "imprevisión, el olvido o la inconsecuencia del legislador" máxime si se tiene en cuenta que ambas leyes –N° 8.970 y N° 8.971– fueron sancionadas el 28/12/2016, de lo que es posible inferir que el contenido de ambas reglas fue escrutado conjuntamente por legislador.

En este sentido la C.S.J.N. dijo: "La inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce, como principio, que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 306:721; 258:75; 307:518; 316: 2624, entre muchos otros).

Así las cosas, considerando que los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo no fueron puestos aun en funcionamiento, razón por la cual esta Cámara en lo Contencioso Administrativo continúa juzgando en las causas en las que el acto o hecho jurídico constitutivo de la acción sea de naturaleza administrativa o tributaria, cabe concluir que este Tribunal resulta competente para entender en la presente causa.

III. a. Atento a las facultades otorgadas por el artículo 59 del CPC; los argumentos expuestos por el amparista en su escrito de inicio y teniendo en mira además los principios de celeridad y economía que animan el proceso judicial, consideramos que es acertado resolver la presente acción interlocutoriamente.

La acción de amparo, regulada por el artículo 37 de la Constitución Provincial y reglamentada por la Ley N° 6.944, se encuentra prevista para los supuestos en que cualquiera de los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Provincial o Nacional y los Tratados

Internacionales con jerarquía constitucional sean restringidos, amenazados o lesionados, en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta.

A partir de lo normado por los artículos 43 de la Constitución Nacional y 50 del CPC, requiere para su procedencia la reunión concomitante de tres elementos: a) inexistencia de un procedimiento ordinario administrativo o judicial que permita obtener el mismo efecto; b) lesión, restricción, alteración o amenaza -por acto u omisión- de los derechos y garantías reconocidos en las constituciones nacional o provincial; y c) que aquella sea provocada mediando arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Partiendo de tales conceptos generales, es atinado poner de resalto que la demanda de amparo merece del examen previo acerca de la configuración de ciertos elementos o circunstancias que hacen a su admisibilidad. En lo que aquí interesa, ello supone afirmar que esta especial acción se encuentra sujeta a la existencia de un *caso o controversia*, requisito que se vincula estrechamente a la acreditación efectiva, de parte del amparista, de su legitimación activa.

Por otra parte, el amparo requiere para su procedencia que el derecho esgrimido sea cierto, de manera tal que no exija una indagación profunda para su descubrimiento, como asimismo, que la acción u omisión disvaliosa invocada revista caracteres manifiestos de ilegalidad o arbitrariedad, es decir, precisa que estos últimos extremos se evidencien de un modo palpable. Las notas aludidas deben entonces exteriorizarse sin mayores dificultades, ya que de resultar opinables o debatibles, no puede pregonarse válidamente el carácter manifiesto de uno u otro extremo y, por ende, no cabe pronunciarse por la viabilidad del amparo propuesto.

b. Siendo ello así, el examen de admisibilidad de la acción ha de iniciarse entonces por la indagación de la legitimación del amparista para instar el debate en los términos propuestos. Es decir, el estudio y elucidación de la cuestión planteada merece de manera previa el examen de la legitimación que invoca el actor al momento de la promoción de su acción, ello por cuanto el análisis de tal cuestión constituye insoslayablemente un filtro que debe sortear toda pretensión de quien insta la actividad jurisdiccional.

Dicha faena (análisis de la legitimación para obrar) se erige además como potestad oficiosa del juez, en tanto la calidad de titular del derecho del actor o la condición de obligado del accionado, son pautas necesarias para la emisión de un pronunciamiento válido, lo que cobra particular relevancia cuando se ejerce el control de constitucionalidad. Es que, siendo la legitimación procesal uno de los requisitos ineludibles para la constitución adecuada de la relación jurídica procesal y, por ende, para la existencia de un caso o controversia aptos para instar el ejercicio jurisdiccional, su examen corresponde sea formulado aún de oficio por el sentenciante y, en tal sentido, es imprescindible para los litigantes la demostración de la afectación de un interés jurídicamente protegido.

Quien acredita legitimación adecuada, encauza de manera eficaz la discusión a partir de la exteriorización de un *caso o controversia*. La Corte Suprema de la Nación condiciona así la admisibilidad de la pretensión declarativa, subordinándola a la existencia de un *caso o causa o controversia*, en la que el titular de un interés jurídico busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir lesiones a un derecho de base constitucional (artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27; cfr. Fallos: 306:1125).

Como se adelantó, la existencia de este requisito, ineludible para habilitar la intervención del Poder Judicial, es comprobable aun de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (CSJN, Fallos: 308:1489; 325:2982; 330:5111 y 334:236, entre otros).

Cabe precisar que no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos, pues el poder jurisdiccional conferido por la Constitución se define como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso, es decir aquellas en las que se persigue la determinación del derecho debatido entre partes enfrentadas, (CSJN "Zaratiegui" fallos 311:2580, 06/12/88; "González Vergez" fallos 313:588, 06/7/90; "Rimboult" 324:2381, entre otros), resultando condición para el examen judicial, que el agravio alegado recaiga sobre el peticionante, cuestión que se vincula con la legitimación del amparista.

En definitiva, la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una *causa*, según jurisprudencia clásica de la Corte Nacional (cfr. Fallos: 322:528; 326:3007; 340:1084). Así, en palabras de dicho Tribunal, la existencia de caso presupone la de *parte*, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es decir, para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un interés suficientemente

directo, concreto y personal -diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos- en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma suficientemente directa o substancial (CSJN, Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros).

En cada caso sometido a jurisdicción, la pauta de legitimidad está dada por la titularidad de un derecho: *quien es titular está legitimado para accionar.* Empero, existen supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico ha previsto situaciones de legitimación anómala o extraordinaria que habilitan para intervenir en los procesos a personas ajenas a la relación procesal haciendo valer en nombre propio un derecho ajeno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que para evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal, resulta indispensable en primer término determinar *"cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quienes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte"* (Fallos: 332:111).

En lo concerniente a las mencionadas legitimaciones anómalias o excepcionales, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia ha echado claridad a la cuestión al expresar que *"en cuanto a la legitimación, la Corte federal ha señalado que, al decidir sobre dicha materia, se hace necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquel sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal. En ese orden de ideas dejó debidamente establecido que la 'parte' debe demostrar la existencia de un interés jurídico especial o diferenciado (cfr. Fallos 322:528) [].*

Ocurrió, sin embargo, que la mencionada pauta terminó resultando insuficiente para explicar los supuestos de legitimación colectiva que, a partir de la reforma de 1994, reconoce el artículo 43 de la Constitución Nacional. *Es que la exigencia relativa a la titularidad de la relación sustancial contradice la naturaleza misma de la legitimación acordada al Defensor del Pueblo y a las Asociaciones por el texto constitucional: dicha legitimación es representativa de la persona, grupo o sector afectado y en cuyo nombre pretende, y basada en la importancia de los valores y derechos que defiende* (cfr. MORELLO, Augusto M. – SBDAR, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos: Hacia una Tutela Eficiente del Ambiente*, Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 77); *tienen legitimación procesal, dice la Constitución Nacional, por ende, no cabe analizar ni es necesario demostrar vínculo de obligación alguno a los fines de iniciar un reclamo judicial* (cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Amparo Colectivo*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 252).

Aquel modo tradicional de abordar el análisis de la legitimación en un proceso colectivo importaría en los hechos negar todo sentido a la norma constitucional pues es evidente la disociación entre los sujetos mencionados por el artículo 43 de la Constitución Nacional como legitimados para demandar en ese tipo de procesos y los titulares de la respectiva relación sustancial: al no ser los titulares exclusivos de los intereses colectivos, según la regla tradicional de legitimación, no podrían actuar judicialmente en defensa de aquellos. *Pero la norma constitucional dice lo contrario, por lo que los tribunales -desde la Corte Nacional para abajo- se han visto obligados a reformular el criterio tradicional, propio del litigio individual, para admitir que en tales supuestos de legitimación anómala o extraordinaria que consagra el ordenamiento jurídico también cabe hablar de 'parte' y, por ende, de 'caso contencioso' que habilita la intervención de la justicia federal.* Por eso es que, luego de señalar que *'la pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal -entendida como la aptitud para ser parte en un determinado proceso- está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito'*, la Corte de la Nación haya tenido que aclarar que *'el ordenamiento jurídico, sin embargo, contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte'*, y que *'en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial'* (cfr. Fallos 330:2800).

Ahora bien, en tales supuestos también cabe hablar de un interés jurídico diferenciado pues, como lo ha puesto de resalto la propia Corte de la Nación: *'no ha sido objeto de reforma, en tal sentido, la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de 'causas'* (art. 116 de la CN), con el alcance que [ese] Tribunal reiteradamente otorgó a dicha expresión [] La protección que el nuevo texto constitucional otorga a los intereses generales, no impide verificar si éstos, no obstante su compleja definición, han sido lesionados por un acto ilegítimo, o existe amenaza de que lo sean. *En esa tarea, es relevante determinar si, asumiendo la justiciabilidad [sicut] de un caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado (doctrina de la Suprema*

Corte de Estados Unidos de Norteamérica, en 'Simon v. Eastern Ky Welfare Rights Org.' 426 U.S. 26, p. 38, 1976). **Ha de recordarse igualmente que, como regla, un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (doctrina del mismo tribunal, en 418 U.S. 208)" (cfr. Fallos 321:1352).** Adviéntase, asimismo, que la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar tras la reforma constitucional de 1994 no se ha dado para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva (CSJN, sent. cit., Fallos 330:2800).

De allí, entonces, que en materia de legitimación procesal colectiva corresponde, como primera medida, corroborar si la pretensión concierne al mencionado tipo de derecho, ya que sólo así podrá establecerse el mentado nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual -como ya se señalara- resulta esencial para garantizar que aquel sea una 'parte' propia y apropiada que puede requerir la intervención del poder judicial federal. De faltar dicho nexo, ya sea porque el actor no es alguno de los sujetos investido por el ordenamiento jurídico de la mencionada legitimación anómala **o bien porque su pretensión no está referida a ninguno de los derechos o intereses en función de los cuales aquél se encuentra habilitado para actuar ante la justicia, no se configurará el 'caso', pues tampoco aquí alcanza con invocar el simple interés general o común por la legalidad.**

En suma, puede decirse que, **finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reconocido que el paradigma de legitimación que proporciona el clásico proceso individual resulta insuficiente para explicar la legitimación ('anómala' o 'extraordinaria') que el artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional consagra a los fines de posibilitar una tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva. Tal reconocimiento, en los hechos, ha de traducirse en una ampliación del concepto de 'caso' o 'controversia' al permitir incluir supuestos en los cuáles el demandante, a pesar de no ser el titular de un derecho subjetivo en juego ni por ende resultar pasible de sufrir un perjuicio en cabeza suya, igualmente se encuentra legitimado en razón de que el ordenamiento legal le reconoce aptitud para actuar en defensa de los intereses públicos o colectivos, que se han visto comprometidos a raíz del estado de incertidumbre generado por el dictado de una norma o cualquier otra acción u omisión (estatal o privada) que se reputa contraria o conculcadora de disposiciones constitucionales" (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, Sentencia N° 1.434 del 03/10/2018, del voto del Vocal Goane).**

En definitiva, **"aún con la incorporación de intereses de incidencia colectiva a la protección constitucional y que tuviera lugar con la reforma del año 1994, dicha circunstancia no enerva la elemental exigencia de que el 'afectado', al cual se alude en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN, demuestre en qué medida su interés concreto, inmediato y sustancial se ve lesionado o seriamente amenazado (Fallos 324:2381). En otros términos, también en los procesos colectivos cabe exigir un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, sin que se pueda fundar la legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de 'causas' con el alcance que el Superior Tribunal del país reiteradamente otorgó a dicha expresión (Fallos 321:1352)" (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 563 del 25/08/2020).**

c. Sentados tales conceptos, **de la lectura de los términos de la demanda se advierte que el bien colectivo tutelado, sería el derecho a la vida de las personas por nacer, y por ende la categoría del derecho que se pretende hacer valer en la demanda es de incidencia colectiva.**

Ello surge prístino de lo expresado en el escrito de inicio, en donde el amparista sostiene que "**...las prácticas abortivas establecidas en la ley N° 27.610 () menoscaba, violenta, limita y altera la existencia, el ejercicio y goce del derecho a la vida del niño por nacer, protegido por nuestro ordenamiento jurídico desde la concepción, por ello ante la presencia real y concreta de los derechos colectivos implicados, solicitamos un pronto auxilio jurisdiccional" (sic).**

Asimismo, también se arroga la defensa de los derechos de incidencia colectiva del personal de salud de la Provincia al sostener que la objeción de conciencia estructurada en los términos que lo hace la Ley N° 27.610, transforma a aquel colectivo en "partícipes necesarios" del proceso de interrupción voluntaria del embarazo, lo que significaría "obligarlos a cooperar con una acción que contradice sus convicciones y vulneraría sus libertades de pensamiento y de religión".

A los fines de la tutela de tales derechos, el amparista invoca su condición de ciudadano así como de legislador de la Provincia de Tucumán.

En lo atinente a su condición de ciudadano, no bien se repara en ello, se advierte que tal invocación del actor no alcanza para erigirlo en titular de un derecho o interés legítimo propio; es decir, de una relación jurídica sustantiva con la parte demandada en torno a la cual plantear un litigio o controversia ni, menos aún, sirve para validar la representación de aquellos grupos sobre los que se alega la afectación de derechos constitucionales. En otros términos, a la luz de la legitimación que invoca y en orden a los derechos que pretende tutelar, la mentada condición de ciudadano o legislador no lo habilita para asumir la defensa judicial de los intereses de los colectivos antedichos.

Ello pues "los elementos significativos del caso colectivo requieren la existencia de un conflicto colectivo que amerite su canalización, tramitación y resolución por medio de un único proceso; la concurrencia de un factor de agresión común, en la medida en que la vulneración que se invoca recae sobre bienes colectivos o sobre intereses individuales homogéneos (afectados por una misma situación fáctica o legal); la representación adecuada por parte de quien acciona en defensa del bien colectivo, o del grupo, clase o categoría de sujetos damnificados y los efectos expansivos de la sentencia, de manera de comprender erga omnes a todos aquellos que coparticipan en la titularidad del bien colectivo (indivisible) o, al menos, a todos los miembros de la clase, grupo o categoría (Fallos: 332:111 'Halabi'; 336:1236 'Padec')" (C.Apel. Civ. Com. Trabajo y Flia., S. Civ, Cruz del Eje, Córdoba, Resolución N° 2/2021, in re: "Espina Leupold, Miguel Carlos c. Pcia. De Córdoba s/ amparo").

Es que, como se adelantó, "de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de 'causas' -art. 116 de la Constitución Nacional- " (CSJN, Fallos: 337:1447).

En efecto, sin perjuicio de tratarse de un proceso colectivo, ni el artículo 43 de la Constitución Nacional, ni el artículo 78 del CPC, suponen la admisión de una acción popular instada a partir de cualquier habitante con independencia del derecho, interés o título (en términos de legitimación colectiva) que esgrima para accionar. Ello a consecuencia de que sigue siendo un presupuesto esencial de nuestro sistema procesal constitucional que la acción ejercitada no se encamine a perseguir el control de la mera legalidad de una disposición normativa.

De allí que, al no invocarse una situación jurídica diferenciada del resto de la comunidad, ni acreditar representación adecuada respecto de quienes invoca como afectados (en la especie, las personas por nacer y el personal de salud de la Provincia), el actor solo alcanza a exhibir un interés simple que se traduce en una pretensión de declaración de inconstitucionalidad por el mero interés de la ley, ineficaz para instar el ejercicio de la jurisdicción.

No es ocioso mencionar que una de las más altas funciones del Poder Judicial es la de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, sopesando los actos desplegados por los restantes Poderes con los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Mas no puede olvidarse que tal faena es subsidiaria y no sustitutiva de las potestades de los poderes políticos, por lo que para su ejercicio resulta inexorable la comprobación de la existencia de un caso o controversia, que habilite la intervención judicial.

En los términos expuestos por nuestro Alto Tribunal Federal, ello es así en tanto "el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un 'caso' sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional" (CSJN, Fallos: 339:1223).

Tampoco luce adecuada la intención del demandante de fundar su legitimación en los precedentes de la Corte Nacional que citan, puesto que "solo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa 'Halabi', (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume '...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición'..."

(CSJN, "Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional-Ministerio de Energía y Minería y otros/amparo ley 16.986" de fecha 6 de septiembre de 2016).

En definitiva, ni la Constitución Nacional, ni la Constitución Provincial, ni ninguna otra normativa vernácula, le ha otorgado al demandante, en su condición de ciudadano, legitimación o representatividad extraordinaria para la defensa de los derechos que invoca, no siendo ocioso mencionar que no existe un derecho subjetivo a la legalidad y que -como regla- no puede la acción de amparo promoverse por quien no invoca un agravio personal, directo y diferenciado o ejerce la representación adecuada a los fines de la defensa de los derechos de incidencia colectiva que alega violentados.

Finalmente, en cuanto al carácter de legislador invocado, es imperioso señalar que la representación popular que inviste el actor como legislador local, se desenvuelve y debe concretarse en el marco constitucional propio de su mandato, esto es el ámbito que la Carta Magna local ha reservado para el funcionamiento y potestades del Poder Legislativo vernáculo.

La Corte Nacional ha sentado al respecto, en el precedente de Fallos: 333:1023, particularmente en sus considerandos 5° y 6°, que "la legitimación fundada en su carácter de miembro integrante de la Cámara de Diputados de la Nación dista mucho, también, de ser un tema novedoso en la doctrina de los precedentes de esta Corte. La regla emana de un conjunto de pronunciamientos (Fallos: 313:863, 'Dromi'; 317:335 'Polino'; 322:528 'Gómez Diez'; 323:1432 'Garré' y 324:2381 'Rimbault') en los que se distinguieron supuestos de ausencia de legitimación de aquellos otros en los que tal legitimación podría ser reconocida. Así, se señaló que 'no confiere legitimación al señor Fontela su invocada 'representación del pueblo' con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes dictadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo presenta en juicio' (causa 'Dromi', ya citada)".

Con ello, en el marco de la legitimación que el actor pregonara en sustento de su posición procesal, es claro que la condición esgrimida lejos está de habilitar el debate que propone.

No debe perderse de vista que la organización del control constitucional sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera causa o caso en justicia, fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al Poder Judicial, y la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema adoptado en los inicios de la vida institucional argentina adquiere su desarrollo lógico, no puede importar el olvido de la exigencia mencionada que, dentro de un ordenamiento en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental (cfr. CSJN, Fallos: 307:2384).

III. En atención a lo mencionado hasta aquí, corresponde rechazar *in limine* la acción de amparo deducida por el Sr. Walter Fabian Berarducci en contra de la Provincia de Tucumán y el Sistema Provincial de Salud (SI.PRO.SA.). El modo en el que se resuelve torna abstractas las restantes cuestiones planteadas.

No se imponen costas atento que la decisión desestimatoria obedece a razones de admisibilidad de la vía procesal escogida, a lo que se suma que no se corrió traslado de la demanda por lo que aún no fue trabada la litis (artículo 26 CPA).

En mérito de todo lo considerado, la Sala Segunda de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo, con la integración que surge de fecha 30/03/2021,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE, por lo ponderado, la acción de amparo interpuesta por el Sr. Walter Fabian Berarducci en contra de la Provincia de Tucumán y el SI.PRO.SA.

HÁGASE SABER

María Felicitas Masaguer María florencia Casas

Ante mí: María Laura García Lizárraga

NRO. SENT.: 43 - FECHA SENT.: 04/03/2022

Firmado digitalmente por:

CN=GARCIA LIZARRAGA María Laura

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27260297665

FECHA FIRMA=04/03/2022

CN=MASAGUER María Felicitas

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27286818558

FECHA FIRMA=03/03/2022

CN=CASAS María Florencia

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27235182063

FECHA FIRMA=04/03/2022

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.