

En la ciudad de Mendoza, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil trece, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, los Srs. Jueces titulares de la misma Dres. Adolfo Mariano Rodríguez Saá, Oscar Martínez Ferreyra y Beatriz Moureu, y trajeron a deliberación para resolver en definitiva la causa Nº 88.495/14.426, caratulada "M. N. Y OTS C GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P ACCION DE AMPARO", originaria del Décimo Quinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 138 contra la sentencia dictada a fs. 116/131.

Llegados los autos al Tribunal, a fs. 158 se ordena correr traslado de ley, a fs. 169/192 y 199/207 contesta la demandada y Fiscalía de Estado a fs. 220 dictamina el señor Fiscal de Cámara quedando los autos en estado de dictar sentencia a fs. 222.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de votación: Dres. Beatriz Moureu, Adolfo Rodríguez Saá y Oscar Martínez Ferreyra.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTION: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION LA DRA. MOUREU DIJO:

I.- Que la Señora Juez de Primera Instancia rechaza la acción deducida a fin de que el Gobierno de la Provincia de Mendoza implemente y haga operativo un protocolo que adhiera a la Guía Técnica Nacional para la atención integral de abortos no punibles del Ministerio de Salud de la Nación del año 2010 y que cumpla con los presupuestos del fallo dictado por la Corte Federal que individualiza. En primer lugar refiere que la letrada que se presenta, Dra Valentina Tarqui Lucero, invoca el patrocinio letrado de los firmantes de las planillas agregadas a su presentación pero ésta no cumple con los requisitos mínimos previstos por los arts. 29, 33, 50 y cc de la ley rito. Agrega que ello sólo se subsana parcialmente respecto de dos de las presentantes las señoritas V.S. y M. M. - citadas a ratificar firma- respecto de las cuales corresponde analizar el caso.

En segundo lugar entiende que la pretensión también adolece de falta la legitimación sustancial activa por parte de las accionantes en razón de que el art. 43 de la Constitución Nacional limita la condición de "afectado" a quien tiene un interés propio y directo y quienes se presentan lo hacen invocando el derecho de las mujeres en situación de delito (art. 86 C.P.)

Es así que deniega la acción debido a falta de legitimación sustancial activa sin emitir opinión sobre el resto de las cuestiones planteadas.

II- La sentencia es apelada a fs. 138 por la Dra Tarqui Lucero y el Dr. Lucas Gómez Portillo, por la parte actora.

En cuanto a la falta de personería refieren que la juez no advierte que la demanda se encuentra firmada por todos y todas quienes suscriben las planillas y que estas se acompañan a los efectos de brindar los datos de los amparistas en forma ordenada mediante una planilla anexa cumpliéndose así los requisitos de los arts. 29, 33 y 50 inc IV del C.P.C. Es más dos de

ellas fueron citadas por existir dudas de sus firmas y justamente fueron las señoritas M. y V. quienes ratificaron sus firmas. Consideran que, en todo caso, la Juez pudo citar al resto de los firmantes de igual modo que lo hizo con las dos actrices citadas, por lo que propugnan la modificación del fallo.

En cuanto a la legitimación citan el fallo "Halabi" que distingue las tres categorías de derechos que prevé el art. 43 de la Constitución Nacional y en tal sentido advierten que se omite considerar aquella que atiende a los derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos donde los presupuestos de la pretensión son comunes a todos, excepto en cuanto al daño que es concreto de cada cual.

Afirman que en este caso el bien no es colectivo porque se afectan derechos individuales de las mujeres como el derecho a la salud, a la intimidad, a la dignidad, la libertad los derechos sexuales y reproductivos. En cambio el hecho de la omisión del Gobierno es único, por lo que se ha considerado razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que se dicte.

Continúan diciendo que no se pueden desconocer la situación de las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo en los casos del art. 86 del Código Penal y la premura que ello requiere.

También destacan el peligro potencial que tiene toda mujer de encontrarse en esa situación y según lo expuesto en el informe circunstanciado deberían iniciar acciones legales perjudicando a quienes carecen de recursos. Así entienden que la lesión se produce por un hecho único - la falta de un protocolo de actuación- respecto a una pluralidad relevante de personas; la pretensión está concentrada en los efectos comunes que pueda tener la omisión del Gobierno y el interés aislado de cada una no justificaría la promoción de una demanda, so riesgo de ver vulnerados sus derechos.

Por último señalan que si bien en nuestro derecho no están reglamentadas las acciones de clase, el art.43 de la Constitución Nacional es plenamente operativo.

Que en cuanto al conflicto de poderes al que alude la demandada por existir proyectos relativos al caso en el Poder Legislativo, afirman que la cuestión no es tal ya que el proyecto de ley fue rechazado.

Seguidamente destacan los alcances del fallo dictado por la Corte Federal en el caso de fecha 13 de marzo de 2012 " F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" donde se exhorta a las autoridades administrativas del país a adherir al protocolo y la omisión de hacerlo del Gobierno Provincial. Asimismo reiteran lo dicho en primera instancia respecto del peligro que representa la gran cantidad de abortos que se practican en el país estimando un aborto por minuto. Dicen que el 37% de los embarazos termina en aborto y el 15% corresponde a adolescentes menores de veinte años.

A continuación exponen acerca de la presunta colisión axiológica que podría existir en lo atinente a los derechos inviolables a la vida de todo ser humano pero consideran que ello no justifica la omisión del Gobierno.

III- Que a fs. 220 el Señor Fiscal de Cámara dictamina aconsejando la confirmación del fallo. En su escrito considera que la demanda no cumple los recaudos formales en cuanto a la personería invocada, que en la Alzada la accionante modifica su planteo atinente a la legitimación sustancial activa pero que en definitiva ya sea como "afectados" o situados frente

a una acción colectiva en ningún caso resulta suficiente. Además agrega que en el presente caso no se cumplirían los presupuestos para la existencia de un "caso" según los lineamientos de la Corte Federal.

IV- Que, conforme el relato efectuado, la resolución del recurso requiere el análisis de diversos puntos.

En primer lugar la accionada solicita se declare desierto el recurso. En tal sentido, leyendo el memorial de agravios, más allá de su acierto o error, cuenta con un mínimo de suficiencia técnica por lo que no es procedente acceder a la petición (art. 137 y ss C.P.C.)

En cuanto al agravio referido al defecto en la justificación de la personería debo adelantar que si bien coincido con el resultado al que arriba la juez de Primera Instancia, también cabe recordar que el juez pudo inicialmente pedir se subsane el defecto existente en la presentación (arts. 17, 19 y cc LA).

Según surge de autos, en las primeras cincuenta y seis fojas del expediente se adjuntan grillas con nombres de hombres y mujeres, que en algunos casos incluyen el número de documento y domicilio completo y en otros no, con su firma; también se incorporan hojas con firmas distribuidas a lo largo de las carillas con su aclaración y número de documento pero sin precisar domicilio de los firmantes y en muchos casos tampoco el documento.

Frente esta situación, la presentación de la recurrente ante esta Cámara sólo alude al cumplimiento de los recaudos legales sin precisión al respecto con lo cual la petición queda sin fundamento.

Abona lo dicho el hecho de que esta cantidad de firmas no expresan en ningún lugar de las hojas resumen de su contenido en su parte superior, en algunos casos no contienen aclaración del nombre o éstos son ilegibles, todo lo cual incumple las previsiones de la ley procesal que se aplica supletoriamente (arts.50 y cc C.P.C.) Ello así, de ningún modo puede afirmarse que quienes suscribieron esas páginas conocieron acabadamente el fin para el cual estaban destinadas.

Evidentemente la solución no incurre en un excesivo rigor formal ya que básicamente esta forma de presentación no cumple con los recaudos previstos por la ley de amparo en sus artículos 17 y siguientes donde se consigna que la demanda debe contener el nombre, apellido y domicilio real del accionante. Que antes de pasar al tema siguiente, cabe dejar dicho que si bien al momento de apelar se presentan los letrados invocando representación y adjuntan un escrito de ratificación con la firma de las amparistas, Victoria Valentina Soria de Paula Santos y María Julia Morcos, y siete firmas más, algunas de las cuales resultan ilegibles, esta circunstancia, no altera el resultado del recurso.

El decreto sólo dio curso a la fundamentación sin aclarar respecto de los otros firmantes. En tal sentido cabe acotar que, por un lado lógicamente quién no apela tampoco ingresa en la suerte del recurso y por otro lado que aun cuando se considerara presentados a todos los firmantes, la suerte del recurso no se vería modificada por los motivos que a continuación se exponen.

V- Que en cuanto a la legitimación sustancial activa de los amparistas considero ilustrativo comenzar con la transcripción del modo cómo se redactó el escrito inicial ya que diferencias entre las expresiones formuladas en el escrito de demanda y las del escrito de expresión de agravios.

De la lectura del primero se extrae que se presentan "las suscriptas" considerando que la omisión del Gobierno vulnera a "las mujeres las garantías y derechos de rango constitucional...". Luego se anota que se amenaza, el pleno ejercicio del derecho de... "las mujeres a acceder a una práctica abortiva práctica, segura y accesible en los supuestos contemplados en el art. 86 del Código Penal... Y "las coloca en estado de necesidad en relación con los derechos consagrados en el bloque constitucional federal..."

En el mismo sentido a fs. 59 vta se invocan "Las garantías y derechos de las mujeres de rango constitucional tales como el derecho a la intimidad, el acceso a la salud, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a decidir el número de hijos/as e intervalo entre los nacimientos..."

Que al momento de expresar agravios la parte apelante luego de citar la distinción realizada en el fallo Halabi dice que la juez no tuvo en cuenta que en el sub lite no se trata de la lesión a un derecho de incidencia colectiva referido a intereses individuales homogéneos sino que se afectan los derechos de las mujeres enteramente divisibles, como ser el derecho a la salud, a la intimidad, a la dignidad y demás. Hay una causa fáctica homogénea, - la omisión del Estado de dictar un protocolo de acción-, que lleva a estas mujeres a considerar razonable la realización de un solo juicio con fines expansivos. Todas podrían potencialmente encontrarse en la situación prevista por el art. 86 del Código Penal y la falta de una reglamentación impediría recurrir a una práctica interruptiva segura de manera rápida y accesible.

Ello así, cabe adelantar que el cambio consignado no puede introducirse en este estadio ya que no fue un tema objeto de tratamiento ante el juez a quo, lo cual bastaría para sellar la suerte del recurso.

Los tribunales en reiteradas oportunidades han resuelto que: "El tema que no integró la traba de la litis no puede ser analizado en la alzada porque ello significaría la introducción de una cuestión novedosa y la conculcación del derecho de defensa de la parte contraria. (Maskiver Diamante, Leonardo Ovidio c/ Martínez Nelly y ots. p/ cob.de alq., 18/8/99) Tal como se ha dicho "La cuestión que no fue propuesta al juez no puede ser materia de apelación, toda vez que ésta presupone la previa consideración por el magistrado de los hechos sometidos a su decisión". (5ta. Cámara Civil, L.S. 13, 120).

Que no está demás dejar dicho que si bien, lo atinente a las formas posibles de presentarse cuando se trata de derechos colectivos o de incidencia colectiva, la cuestión no tiene regulación y consiguientemente hace unos años podía admitirse mayor flexibilidad al respecto, hoy la situación ha cambiado después del fallo señero dictado por la Corte Federal que realizó precisiones al respecto que han sido seguidas por la jurisprudencia en general.

El tribunal en el caso "Halabi" precisó tres categorías de derechos: "individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos", cada uno tiene una configuración típica diferente.

Entiendo que, en lo que aquí nos ocupa, la presentación inicial estaba referida a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional). En efecto, según se expuso la presentación alude a los derechos de las mujeres en general, con lo cual se toma a los derechos que se entienden vulnerados, como bienes colectivos.

Además del esquema patrimonial de los "bienes" que en el derecho privado y en el Código Civil tienen un valor económico, nuestra Constitución también prevé la existencia de derechos

colectivos. Así el célebre Constitucionalista decía que el ámbito del derecho constitucional es suficientemente fácil encontrar bienes jurídicos constitucionales de naturaleza colectiva, situados algunos escalones más arriba del Código Civil y de los bienes patrimoniales (Bidart Campos German "Los bienes colectivos tienen existencia constitucional" LL 2002 A-1377)

Cuando la presentación tiene este carácter, los legitimados son el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos." la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular."(CSJN 24/02/2009 Partes: Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04 LA LEY 02/03/2009

Seguidamente, en el punto 12 la sentencia diferencia la tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, lugar donde ahora se sitúa la apelante. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre (SCJM 27-07-2012 causa n° 103.401, caratulada: "SOSA BEATRIZ LUCÍA EN J° 3.428/13.283 SOSA BEATRIZ LUCÍA C/ AMX ARGENTINA S.A. DEN. COMERCIAL CLARO P/ ACC. AMPARO S/ INC. CAS." .)

En definitiva por todo lo expuesto, corresponde el rechazo del recurso de apelación interpuesto, Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Rodriguez Saa y Martínez Ferreyra manifiestan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA MOUREU DIJO:

Que dado el resultado al cual se arriba respecto del recurso interpuesto corresponde que las costas de la alzada estén a cargo de la parte recurrente (art. 36 C.P.C.). Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Rodriguez Saa y Martínez Ferreyra manifiestan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA.

MENDOZA, 24 de abril de 2013

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, este Tribunal,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs.138

II.- Imponer las costas de la alzada a la parte apelante (art. 36 C.P.C.).

III.- Regular los honorarios de los Dres. CESAR MOSSO GIANNINI, JAVIER FERNANDEZ, VALENTINA TARQUI LUCERO y LUCAS GOMEZ PORTILLO en las sumas de (\$.); (\$.), (\$.) y (\$.) respectivamente (arts. 10 y 31 LA)

NOTIFIQUESE Y BAJEN.-