



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5 de julio de 2013.-

VISTOS: los autos acumulados que se indican en el epígrafe, los cuales se encuentran en condiciones de dictar sentencia y de los que **resulta:**

1. Autos “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)”.

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

Alegan que la reglamentación al aborto no punible introducida por la resolución en cuestión, al incorporar restricciones no previstas en la norma legal, viola el principio de legalidad y el sistema de fuentes del ordenamiento constitucional.

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

Criticán lo establecido en torno a la intervención del equipo interdisciplinario prevista en el artículo 2 del anexo I de la Resolución n° 1251/2012, la confirmación del diagnóstico por parte del Director del Hospital y la procedencia de la práctica en el caso previsto en el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal, las previsiones establecidas en relación al consentimiento para la práctica de aborto no punible en el caso de niñas y adolescentes y la regulación del derecho de objeción de

conciencia para cada uno de los casos en que se deba llevar adelante la práctica en cuestión.

Solicitan la adopción de una medida cautelar.

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

1.1. A fojas 27/56 la Asesora Tutelar General y la Asesora Tutelar a cargo de la Asesoría CAyT n° 1 contestan la vista conferida, se presentan como coactoras y **solicitan ser tenidas por parte**. Amplían objeto y fundamentos.

Peticionan se ordene a la demandada a remover todos los obstáculos que en la práctica impiden el acceso al aborto no punible, y solicitan se declare la inconstitucionalidad de la última parte del artículo 2 del Anexo de la Resolución n° 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, así como de los incisos a), tercer párrafo y b) segundo párrafo, última oración del artículo 9 de la misma norma.

Solicitan también se ordene la aplicación de las restantes normas de conformidad con los principios enunciados en el dictamen; se ordene al GCBA que cumpla con la obligación constitucional de garantizar el derecho a la salud integral, a la igualdad, a la autonomía personal y los derechos sexuales y reproductivos de las niñas, adolescentes y mujeres con padecimientos en su salud mental; se ordene al GCBA que garantice el derecho al aborto no punible de toda niña, adolescente o mujer afectada en su salud mental que lo requiera, ordenándose se otorguen las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevar a cabo la práctica de manera rápida, accesible y segura; se obligue a la demandada a dictar una regulación más detallada y precisa sobre las condiciones para el ejercicio de la objeción de conciencia, que garantice el acceso de las mujeres sin dilaciones ni tratos que vulnere sus derechos como pacientes, a acceder a profesionales no objetores, así como también el acceso de las mujeres a la información sobre el carácter de objetor de los profesionales antes de ser atendidas; se ordene a la demandada a acreditar en el expediente los recursos profesionales no objetores de conciencia con los que cuenta en todas las instituciones del servicio de salud para garantizar en forma permanente el derecho al aborto no punible; se ordene al GCBA a difundir públicamente la lista de efectores de salud donde se pueden realizar abortos no punibles; se ordene al GCBA que ponga en conocimiento de todos los profesionales el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

alcance de la sentencia que se dicte.

Mencionan que el precedente “*FAL s/ medida autosatisfactiva*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece una serie de estándares para garantizar el acceso al aborto no punible, entre los que se destacan: 1) la obligación del Estado de garantizar el acceso a la práctica en condiciones médicas e higiénicas para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura; 2) la prohibición de exigencia de más de un profesional de la salud, y de las prácticas de solicitud de consultas y de obtención de dictámenes para llevar adelante la práctica; 3) la necesidad de regular el derecho a la objeción de conciencia respetando siempre el acceso sin dilaciones a la práctica médica.

Agregan que los artículos de la resolución en crisis que disponen la intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario, así como también la intervención del director del hospital para que se lleve a cabo la práctica médica, implican obstáculos injustificados para el acceso al aborto no punible. Asimismo afirman que el requisito del informe médico que acredite la gravedad del caso, así como del dictamen del equipo interdisciplinario constituyen requisitos no previstos en el Código Penal, y como tal constituyen un obstáculo para acceder a la práctica médica.

Cuestionan también que la exigencia de consentimiento por parte de los representantes legales de las mujeres menores de edad vulnera el principio de autonomía progresiva de las niñas y adolescentes consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

Manifiestan que la sustitución total de la voluntad de las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial dispuesta en los artículos 5 y 1 de la resolución en cuestión implica una discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Asimismo alegan que la norma cuestionada implica una clara vulneración a los principios de razonabilidad, y que la imposición de obstáculos para el aborto no punible constituye un supuesto de violencia institucional. Agregan que se ven afectados el derecho a la salud, los principios de progresividad y no regresividad de los

derechos, y la garantía de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución Nacional y solicitan a esta jurisdicción el ejercicio del control de razonabilidad, declarando la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

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

Solicitan como medida cautelar que se ordene al GCBA que garantice el derecho al aborto no punible a toda niña, adolescente y persona afectada en su salud mental que lo requiera y que se suspenda cautelarmente la aplicación de los artículos del Anexo de la Resolución 1252, en los puntos mencionados en la presentación.

1.2. A fojas 59/60 los actores aclaran el alcance de la pretensión esgrimida, manifestando que la resolución impugnada es formalmente inválida por cuanto, al establecer el límite de doce semanas de gestación para la realización del aborto no punible, introduce modificaciones al régimen legal del artículo 86 del Código Penal, acto de competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

1.3. A foja 65 los actores hacen saber que la Legislatura porteña sancionó la ley que establece el protocolo de aborto no punible para la ciudad, la que de ser promulgada dejaría sin efecto la Resolución impugnada.

1.4. A foja 66, **con motivo del dictado del decreto n° 540/2012**, que dispuso el veto de la ley 4318, se corre nueva vista a la **Asesora Tutelar General y la Asesora a cargo de la Asesoría CAyT n° 1**, quienes se pronuncian a foja 67 manifestando que la petición oportunamente efectuada mantiene plena vigencia.

1.5. A fojas 69/79 **los actores amplían el objeto** de la demanda y solicitan nueva medida cautelar. Impugnan el decreto 504/2012 mediante el cual el Jefe de Gobierno de la CABA vetó en su totalidad la ley 4318, que había instituido un protocolo de actuación para los casos de aborto no punible en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Manifiestan los actores que no existen normas que estén al margen del control de constitucionalidad, y que es este control el que obliga a los demás poderes a



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

que, aún en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y o la proporcionalidad de las normas que dictan. Critican la categoría de cuestiones políticas no justiciables, invocando, entre otras razones, que viola el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, así como los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Afirman que el veto es una forma de control que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los actos emanados del Legislativo por razones políticas –de oportunidad o conveniencia- o jurídicas –de constitucionalidad-, y que, en el marco de un Estado constitucional de derecho resulta susceptible de ser sometido al control de constitucionalidad.

Fundan esa afirmación en la necesidad de que los decretos de veto tengan fundamentos “*constitucionalmente políticos o razonablemente y proporcionalmente jurídicos*”, no pudiendo basarse en un mero voluntarismo unilateral o de coyuntura, que responda a las necesidades políticas de turno, y menos aún en pautas morales o convicciones personales de la persona que detenta en un momento específico la facultad del veto.

Agregan que si las leyes son pasibles de ser sometidas al control de constitucionalidad, el veto, que no emerge de ningún proceso de debate racional, no puede quedar al margen de dicho control.

Continúan diciendo que la opción del control de constitucionalidad del veto garantiza con mayor fortaleza el sistema de derechos fundamentales, a la vez que permite que un auditorio social observe cómo dos poderes -el ejecutivo y el judicial- debaten sobre la adecuación constitucional de los argumentos vertidos oportunamente por el legislativo al momento de sancionar la ley.

Con respecto al mecanismo de insistencia previsto en el artículo 87 de la Constitución de la Ciudad, sostienen que la facultad que tiene la Legislatura de insistir con la mayoría agravada se ubica en la esfera de lo político, mientras que el control de constitucionalidad del veto se encuadra en el campo jurisdiccional. Así,

cuando la Legislatura no puede congregarse la mayoría especial requerida, el control de constitucionalidad opera como garante de la fuerza normativa constitucional.

En cuanto a la alegada invalidez del decreto 504/2012, los amparistas explican que no se encuentra debidamente fundado –tal como lo exige el artículo 87 de la Constitución–, por cuanto el Jefe de Gobierno sólo expresó fundamentos respecto del veto de cuatro artículos de la ley en cuestión (los artículos 5, 8, 11 y 17) y no de la ley en su totalidad, a pesar de que el veto la comprende en forma íntegra.

Cuestionan también esos fundamentos por carecer de proporcionalidad y racionalidad. Así, critican puntualmente las argumentaciones invocadas para justificar el veto de los artículos 5, 8, 11 y 17 antes referidos, alegando su irrazonabilidad de los fundamentos por ser contrarios a disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y diversas normas internacionales, así como pronunciamientos de organismos del mismo carácter.

Solicitan finalmente el dictado de una medida cautelar innovativa que ordene al GCBA el seguimiento del procedimiento de atención de abortos no punibles de conformidad con pautas que refieren en detalle en su presentación.

1.6. A fojas 87/97 se dicta **resolución haciendo lugar parcialmente a las medidas precautorias** peticionadas, y se dispone dejar sin efecto cautelarmente los artículos 2, 9 inciso a, último párrafo, 9 inciso b, 13, 18 y 19 de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA. Asimismo se ordena al GCBA que ante la solicitud de práctica de aborto no punible los profesionales deberán adecuar su conducta a las siguientes pautas: a) no se recabará la intervención previa del equipo interdisciplinario, ni la confirmación del diagnóstico por parte del director del hospital en los casos del inciso 1, artículo 86; b) se requerirá a las menores adultas a partir de los 14 años que expresen su propio consentimiento informado, sin que sea necesario el consentimiento del representante legal; c) la limitación temporal para la práctica del aborto la establece el médico tratante con fundamento en su experticia médica y quirúrgica; d) se deja sin efecto lo dispuesto en el artículo 19 respecto de la objeción de conciencia.

1.7. A fojas 109/144 el GCBA interpone recurso de apelación respecto



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

de la resolución que hace lugar parcialmente a las medidas cautelares, y expresa los fundamentos del recurso.

La apelación se encuentra, al día de la fecha, pendiente de resolución por la Cámara.

1.8. A fojas 161/214 se presenta el apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contesta la demanda solicitando el rechazo de la acción de amparo en todas sus partes.

Niega que exista un accionar irregular o discriminatorio por parte del Gobierno, que los actores tengan legitimación para promover la presente acción, que la resolución cuestionada imponga obstáculos insalvables y dilatorios para la realización de las prácticas que regula y/o mayores requisitos que los contemplados en el fallo FAL de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que exista un daño o amenaza actual o inminente que amerite la promoción de un amparo y que exista vulneración de derechos subjetivos de las personas eventualmente interesadas en la práctica de aborto no punible. Considera también que el Poder Judicial carece de facultades constitucionales para pronunciarse sobre las cuestiones traídas a debate.

Plantea la defensa de falta de legitimación activa tanto de los accionantes, como de la Asesoría Tutelar, para constituirse en parte actora. Agrega que esa falta de legitimación trae aparejada como consecuencia la inexistencia de causa o controversia judicial.

Postula la inadmisibilidad del amparo, alegando la inexistencia de daño o lesión que lo justifique, y de incumplimiento legal alguno por parte de la demandada. Afirma que la admisión de la acción implicaría una trasgresión al principio de división poderes. Finalmente expresa que las cuestiones propuestas requieren de mayor amplitud de debate y prueba, siendo el proceso ordinario la vía idónea para dilucidar la cuestión en litigio.

Asimismo, y con relación al planteo de la inconstitucionalidad del

veto dispuesto mediante decreto 504/2012, destaca el apoderado de la demandada la innecesaria de que en el fundamento del veto total de una ley se pondere cada uno de los artículos de una ley. Invoca los artículos 87 y 88 de la Constitución de la CABA y reivindica la facultad de vetar las leyes como un elemento importante en el sistema de división de poderes y connatural al sistema de frenos y contrapesos. Concluye afirmando que la atribución del veto al Poder Ejecutivo constituye una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, insusceptible de control judicial.

A continuación hace referencia al fallo “*F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹, afirmando que el planteo de los actores de autos desnaturaliza la doctrina contenida en el precedente del Alto Tribunal. Arguye, por otra parte, que la decisión del Alto Tribunal es una mera recomendación que “[...] las jurisdicciones territoriales de ninguna forma están obligadas a seguir”.

Continúa afirmando que la pretensión actora se aparta de las pautas fijadas por la Corte Suprema en el fallo antes referido en varios aspectos. Por un lado en cuanto habilita a las menores desde los 14 años a disponer la realización del aborto sin intervención de sus representantes legales, y también en lo relativo a la regulación de la objeción de conciencia.

Seguidamente expresa que la reglamentación fijada por la resolución 1252/2012 es más respetuosa de los derechos del ser humano no nacido que la ley 4318, y se extiende sobre los alcances del precedente de la Corte Suprema antes referido. Sin perjuicio de ello, entiende que las pautas sentadas por la Corte Suprema se encuentran limitadas al caso concreto considerado por el Alto Tribunal.

Argumenta *in extenso* respecto de la cuestión de la objeción de conciencia de los médicos frente a la práctica del aborto, afirmando que la ley vetada incurre en una inaceptable violación de ese derecho, e invocando en sustento de su postura diversas disposiciones legislativas nacionales y locales.

Concluye afirmando que las pretensiones de los amparistas implican el reclamo de un improcedente ejercicio de funciones legislativas por parte de los órganos jurisdiccionales.

Funda en derecho, cita jurisprudencia y doctrina que entiende

¹ CSJN, sentencia del 13/3/2012, F. 259 XLVI, “*F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva*”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

aplicable al caso, y efectúa reserva de caso federal.

1.9. A foja 385 la parte actora explicita el alcance de la presentación de fojas 69/79, y solicita se dicte sentencia.

1.10. A foja 386 se toma nota de lo resuelto en los autos *“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”*, en los que se dispuso su acumulación a este proceso de amparo, adjuntándose copia de la respectiva resolución.

1.11. A foja 393 se corre vista de los planteos de inconstitucionalidad a la Fiscalía actuante. A foja 396 la señora Fiscal emite su opinión, remitiendo al dictamen emitido en los autos acumulados *“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”*.

2. Autos *“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”*.

A fojas 1/45 de los autos *“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”*, se presentan la **Asociación de Derechos Civiles (ADC)**, el **Centro de Estudios Legales y Sociales(CELS)**, el **Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)** y la **Asociación R.E.D.I. (Red por los derechos de las personas con discapacidad)**, con el patrocinio letrado de los doctores Felicitas Rossi y Pablo Pejlatowicz, e inician acción de amparo colectivo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la Resolución 1252/12 del Ministerio de Salud, en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a y b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20, en tanto entienden que los mismos *“... obstaculizan arbitrariamente el acceso al aborto no punible de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular – adolescentes, mujeres con discapacidad,*

víctimas de violación- en el sistema de salud público de la Ciudad”.

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

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

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

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

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

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

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

Resaltan que tuvo una participación activa en la redacción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y que forma parte de diversos organismos internacionales que velan por la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Sostienen que, en virtud de lo previsto en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución local, y de los objetivos que cada una de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

ellas persiguen, la legitimación de las amparistas para obrar se encuentra acreditada.

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

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

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

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

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

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

Refieren a la tasa de mortalidad materna informada por el Ministerio de Salud, haciendo hincapié en el alto porcentaje de muertes como consecuencia de abortos clandestinos practicados de manera insegura.

Refieren que la Resolución atacada derogó la anterior 1174/07, la que durante su vigencia no garantizó la accesibilidad a la práctica del aborto no punible, en tanto incluía requisitos que funcionaban como barreras de acceso incompatibles con el derecho a la salud. Agregan que con el dictado de la Resolución 1252/2012 se empeoró la situación desde el punto de vista normativo, con relación a la anteriormente vigente, por cuanto la nueva incluye requisitos que la anterior no contemplaba.

Cuestionan la resolución impugnada, en tanto impone la intervención obligatoria del equipo interdisciplinario y conformidad del Director del efector sanitario con el diagnóstico y la interrupción del embarazo.

A su vez, impugnan los artículos de la resolución que exigen que en los casos en que se trate de mujeres menores de 18 años el consentimiento sea prestado por sus representantes legales. Se alzan también contra las previsiones de los artículos que “... *tampoco reconocen la posibilidad de que una mujer con discapacidad pueda consentir la práctica, e imponen, además, otra barrera arbitraria como es el requisito de declaración de insania o la certificación de discapacidad*”. Señalan que “*El consentimiento informado de una mujer con discapacidad intelectual/psico-social que ha manifestado (con los apoyos que pudiera requerir) su voluntad de interrumpir o continuar con su embarazo en los supuestos permitidos por la ley, debe presumirse válido, salvo prueba en contrario*”.

Impugnan el artículo 9 de la resolución bajo examen, al entender que el requisito de gravedad que se exige contraría lo previsto en el artículo 86 del Código Penal, así como la previsión del artículo 17 de la resolución, en cuanto dispone que la práctica abortiva sólo puede llevarse a cabo dentro de las doce primeras semanas del embarazo.

Cuestionan también la validez de los artículos 19 y 20 de la resolución 1252/12 relativos a la objeción de conciencia. Afirman que las restricciones contenidas en la reglamentación del derecho al aborto no punible violan los principios de razonabilidad, de legalidad y de reserva legal.

Solicitan se declare la inconstitucionalidad de los artículos reseñados



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

y se ordene al GCBA a adecuar dichas disposiciones de acuerdo las pautas que reseña: a) que se reconozca el permiso para el aborto no punible cuando está en peligro la salud integral de la mujer, sin que se requiera la gravedad que exige la resolución; b) que la verificación de la causal la realice el médico tratante sin intervención de otros profesionales; c) que se reconozca la validez del consentimiento prestado por las mujeres de entre 14 y 18 años de edad, así como por las mujeres con discapacidad; y e) que la objeción de conciencia se ejercite de manera tal que no impida el ejercicio del derecho al aborto no punible, especialmente, que se manifieste al momento de entrar en vigencia el nuevo protocolo o al momento del inicio de las actividades en un nuevo centro de salud.

Peticionan el dictado de una medida cautelar “... a fin de que se suspenda durante la tramitación del presente amparo los elementos de la Resolución 1252/12 que afectan a los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a una vida libre de violencia, a la intimidad, a la integridad, a la dignidad en condiciones de igualdad y no discriminación”. En miras de obtener dicha protección, requieren se suspenda la aplicación de los artículos 2, 5, 8, 9, 9b, 10b, 11, 13, 17 y 18 de la resolución en cuestión.

Fundan en derecho, citan jurisprudencia y doctrina que entienden aplicable al caso, y efectúan reserva de caso federal y de ocurrir ante los tribunales supranacionales. Ofrece como prueba la documental obrante a fs. 48/137.

2.1. A foja 146 la jueza interinamente a cargo del Juzgado en lo CAyT n° 11 remite las presentes actuaciones a este Tribunal por entender que serían conexas con el expediente n° EXP 37925/0, caratulado “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, en trámite por ante este Juzgado y Secretaría.

2.2. A foja 140 la parte actora solicita la acumulación a las actuaciones mencionadas en el numeral precedente.

2.3. A fojas 151/152 el **Ministerio Público Tutelar** toma intervención en representación de los derechos de incidencia colectiva de las niñas y adolescentes, así como de las mujeres con padecimientos mentales, como consecuencia de la vista que le fuera conferida. En su dictamen expresa que adhiere al pedido de nueva medida cautelar y a los fundamentos de la parte actora, a los que remite. Se pronuncia igualmente a favor de la conexidad peticionada por las accionantes.

2.4. A fojas 155/156 se resuelve declarar la conexidad del *sub lite* con el expediente *in re* “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, n° EXP 39725/0. Asimismo, se solicita a los coactores y a la señora Asesora Tutelar que efectúen aclaraciones respecto del sistema de apoyo y salvaguarda cuya implementación peticionan respecto de las mujeres con discapacidades.

2.5. A fojas 157/158 y a fojas 160/161, la señora Asesora Tutelar formula las aclaraciones requeridas en lo relativo al sistema de apoyo y salvaguarda de las mujeres con discapacidad. Al respecto explicita que no se debe suplantar la voluntad de la mujer con discapacidad por la de su representante legal, sino que “[...] *debe instaurarse un sistema de apoyos tendiente a que sea ella misma quien autónomamente preste o niegue su consentimiento a la realización de la práctica*”.

2.6. A fojas 163/ 164 la parte actora también aclara lo relativo al alcance del sistema de salvaguarda de las personas con discapacidad solicitado, brindando precisiones en términos similares a los vertidos por la Asesoría Tutelar sobre el mismo punto.

Asimismo reitera se provea su pedido de acumulación material con los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”.

2.7. A fojas 173/176 se dicta resolución disponiéndose la unificación de la personería de los actores.

2.8. A fojas 177/187 la Jueza interinamente a cargo de este Juzgado



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

resuelve hacer lugar a la medida cautelar peticionada, se suspende cautelarmente el efecto de los incisos a) segundo párrafo del artículo 9, y b) y c) del artículo 11 del anexo de la resolución en cuestión.

Además se dispone ordenar al GCBA que: a) los médicos adecuen su conducta a las pautas establecidas en la medida cautelar dictada en los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”; b) no se requiera acreditación de la declaración de insania debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad; c) no se requiera acreditación de la inminencia de la gravedad del riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, siendo suficiente la potencialidad de dicho riesgo.

Igualmente se le ordena a la demandada que arbitre un sistema de apoyo y salvaguarda que respete la voluntad de las personas con discapacidad, considere las capacidades de los sujetos y no sustituya en ningún caso y por razones de discapacidad la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos personalísimos.

2.9. A fs. 210/240 el GCBA apela la medida cautelar y expresa los fundamentos del recurso. Formula reserva de la cuestión constitucional y del caso federal.

La apelación interpuesta se encuentra, al día de la fecha, pendiente de resolución por parte de la Cámara del fuero.

2.10. A fs. 250/350 se presenta el apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y contesta demanda, solicitando el rechazo de la pretensión actora.

Niega que exista un accionar irregular o discriminatorio por parte del Gobierno, que los actores tengan legitimación para promover la presente acción, que la resolución cuestionada imponga obstáculos insalvables y dilatorios para la realización de las prácticas que regula y/o mayores requisitos que los contemplados en el fallo

“F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que exista un daño o amenaza actual o inminente que amerite la promoción de un amparo y que exista vulneración de derechos subjetivos de las personas eventualmente interesadas en la práctica de aborto no punible. Considera también que el Poder Judicial carece de facultades constitucionales para pronunciarse sobre las cuestiones traídas a debate.

Plantea la defensa de falta de legitimación activa, considerando que no existen derechos colectivos violados y que la parte actora no demuestra ser portadora de un interés personal, inmediato y directo para la promoción del amparo. Agrega que esa falta de legitimación trae aparejada como consecuencia la inexistencia de causa o controversia judicial.

Cuestiona los restantes argumentos de la parte actora en términos similares a los vertidos en la contestación de demanda presentada en los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, invocando la misma normativa, jurisprudencia y doctrina.

Funda en derecho, cita jurisprudencia y doctrina que entiende aplicable al caso, y formula reserva de cuestión constitucional y de caso federal.

2.11. A fs. **341/344** se dispone la acumulación material del presente proceso a los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, que tramitan por ante este mismo Juzgado y Secretaría.

2.12. A fojas 349 se corre vista de los planteos de inconstitucionalidad a la Fiscalía actuante.

A fojas 351/355 la Señora Fiscal emite opinión respecto de la competencia de este Tribunal para entender en estas actuaciones. Considera al respecto que los accionantes carecen de legitimación activa, lo que determina, en su opinión, la inexistencia de caso judicial. Concluye que se trata de un caso de control de constitucionalidad concentrado cuya competencia corresponde en forma exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, según lo normado en el artículo 113, inciso 2, de la Constitución de la CABA.

Postula también, para el caso en que este Tribunal no se declare incompetente, la adopción por parte del suscripto de una serie de medidas tendientes a



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

“garantizar el debido proceso”, a saber: determinación de cuáles de los sujetos accionantes en autos “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)” tienen capacidad para representar adecuadamente a todos los miembros de la clase afectada; publicitar adecuadamente la existencia del proceso; prever la intervención de “amicus curiae”; y notificar al resto de los miembros de la clase afectada a fin de garantizar que se hallen en condiciones efectivas de ejercer su derecho de defensa, y en su caso, puedan optar por presentarse en el expediente y manifestar su voluntad de no resultar alcanzados por la decisión”.

Y CONSIDERANDO

A efectos de un dar orden a las cuestiones a resolver en el *sub examine* seguidamente se analizará: I) la idoneidad de la vía de protección judicial elegida; II) la defensa de falta de legitimación activa y el planteo de inexistencia de caso judicial III) la normativa que motiva la presente acción de amparo; IV) los derechos fundamentales en juego; V) el planteo de inconstitucionalidad de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, VI) el planteo de inconstitucionalidad del Decreto 504/2012 del Jefe de Gobierno de la CABA.

I. Idoneidad de la vía elegida

1. El artículo 43 de la Constitución Nacional establece que *“toda persona puede interponer acción expedita y rápida 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 esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los*

derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

A su vez, el **artículo 14 de la Constitución de la Ciudad** Autónoma de Buenos Aires dispone 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, 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, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.*

2. En primer lugar, cabe señalar que, a criterio del sentenciante, el amparo no es una acción subsidiaria ni excepcional, al menos desde la reforma constitucional de 1994 a nivel federal. En este punto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ha sostenido que *“la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial mas idóneo, esto es, más expedito y rápido”*².

Así, de conformidad con lo reglado en los artículos 43 de la Constitución de la Nación y 14 de la Constitución de esta Ciudad, la vía procesal escogida requiere que la pretensión amparista acredite una lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente a derechos de raigambre constitucional. La doctrina

² TSJ, *“Vera, Miguel Ángel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”*, expediente n° 843/01, resolución del 04/05/2001, voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

señala que dicha lesión debe ser “*real, efectiva, tangible, concreta e ineludible*”³. Asimismo, debe configurarse una **ilegalidad o arbitrariedad manifiesta**. Es decir, si se viola el derecho positivo o, aún existiendo legalidad en sentido amplio, si el plexo normativo invocado en el supuesto de autos es írrito por apartarse de la voluntad del legislador o es irracional.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la lesión de los derechos o garantías debe resultar del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba⁴.

Una vez reunidos estos extremos básicos, los mismos deben ser pasibles de lograr una decisión judicial en un tiempo razonable, dentro del marco de un proceso signado por la celeridad y desprovisto de rigorismos procesales que dificulten esta vía expedita y rápida. En tal sentido, cabe recordar que la idoneidad de la vía en cuestión desde la elección de aquélla que sea más apta para la tutela inmediata de los derechos en juego⁵.

Al respecto la Jurisprudencia del fuero, abandonando el criterio restrictivo, ha establecido que el amparo lejos de ser una vía de excepción, es la que corresponde cuando se dan las circunstancias que determinan su procedencia. Así, la Sala I del fuero tiene dicho que “*Con respecto a la supuesta naturaleza excepcional de la vía amparista que invoca el juez de grado, corresponde observar que este tribunal ha detallado, en anteriores pronunciamientos, que si bien la Corte Suprema ha establecido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747), no por ello puede clasificarse el amparo como*

³ LAZZARINI, José Luis, “*El juicio de amparo*”, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 243 y siguientes.

⁴ CSJN, *Fallos*: 306:1253; 307:747, entre muchos otros.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., “*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*”, t. VI, Ediar, 1995, p. 312.

herramienta excepcional. Por el contrario, ya ha señalado esta sala que toda vez que esta acción constituye un garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio....En consecuencia, la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso, en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente arbitrario o ilegítimo y de la concreta necesidad de acudir al proceso de amparo para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos”⁶.

Vale decir que es el juez quien debe sopesar si la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostente el acto o conducta impugnada necesita de un eficaz y pronto remedio judicial, obtenible a través de la eficacia de este proceso constitucional.

En el *sub examine*, la naturaleza de los derechos en juego -todos de raigambre constitucional-, permite advertir que la utilización de la vía contenciosa prevista en el título VIII del CCAyT implicaría un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, la dilación en el tiempo de la presente acción importaría una negativa a una respuesta eficaz en el tiempo para los justiciables ⁷.

En el caso concreto, y en atención a cómo ha quedado trabada la litis, la cuestión a decidir se centra en decidir si la Resolución 1252/2012 -que estableció un protocolo para la atención de abortos no punibles según el artículo 86 incisos 1 y 2 del Código Penal-, y el Decreto 504/2012 del Poder Ejecutivo de la CABA -que vetó la ley 4318 que también regula el procedimiento para acceder a la práctica de aborto no punible en el ámbito de nuestra Ciudad- se adecuan a los preceptos de las constituciones de la Nación y de la Ciudad y a los tratados internacionales.

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 en los casos reglados por el artículo 86 del Código Penal.

Entonces, para determinar si los actos cuestionados (la resolución y el decreto emanados del Poder Ejecutivo local) resultan o no contrarios a la Constitución

⁶ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, “*Quiroga, Estela Julia c/ G.C.B.A. - Secretaría de Hacienda y Finanzas - Dirección de Medicina del Trabajo s/ amparo*” (E.D. del 11 de octubre de 2002) . En igual sentido, pronunciamientos en las causas “*Labayru, Julia Elena c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, “*Pujato, Martín Raúl c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)*” y “*Ermini, Enrique Bernardino c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, “*Del Piero Fernando Gabriel c/ GCBA s/ ejecución de sentencias contra autoridad administrativa*”entre muchos otros.

⁷ JCAyT N° 6, “*Vera María Alejandra c/ GCBA s/ amparo*”, sentencia del 14/03/2005.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Nacional, a la Constitución local, y a las demás disposiciones legales y supraleales en juego, , bastará con analizar el marco normativo aplicable y las argumentaciones vertidas por las partes. Por ende, la cuestión planteada no requiere de mayor complejidad de debate y prueba para su dilucidación.

En consecuencia, los argumentos expuestos me llevan a concluir que en el caso concreto la acción de amparo resulta ser la vía idónea para evaluar los derechos constitucionales que los amparistas consideran vulnerados por el GCBA.

II. Legitimación activa de los accionantes. Existencia de causa judicial.

1. Los amparistas de los procesos acumulados *sub examine* promovieron las acciones invocando la afectación de derechos de incidencia colectiva y las normas que regulan el amparo en dicha circunstancia.

1.1. Los accionantes de autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”, María de la Cruz Rachid y Andrés Gil Domínguez se presentan, respectivamente en carácter de legisladora y habitante de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución de la CABA.

1.2. La Asesoría General Tutelar y la Asesora Tutelar interviniente en autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*” invocan, en sustento de su pretensión de constituirse en parte coaccionante, la Resolución AGT nro. 38/2012 (obrante a fojas 27/30) en la que se dispone, entre otras cosas, que, los integrantes del Ministerio Público Tutelar “*deben orientar su actuación a evitar y superar por todos los medios disponibles los obstáculos que se presenten para el acceso al aborto no punible*”, y que asimismo “*deberán realizar todas las acciones extrajudiciales y judiciales necesarias de manera urgente para garantizar el derecho al*

aborto no punible en los casos en que el servicio de salud no brinde los recursos necesarios para efectuar la práctica médica o interponga obstáculos para su realización. En casos donde se lleven adelante conductas que impliquen una barrera al acceso a los servicios de salud, deberán realizar las denuncias penales y de otra índole que correspondan” (artículos 1, incisos a y d).

1.3. A su vez, las entidades firmantes de la demanda de autos “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)*”, alegan, con relación a la legitimación activa para promover el amparo de autos, que se encuentran plenamente legitimadas para interponer la presente acción de amparo colectivo, pues reúnen todos los requisitos establecido en el artículo 14, párrafo 2º, de la Constitución de la CABA, así como en el artículo 43, párrafo 2º de la Constitución Nacional. Agregan luego que “*el objeto de la presente acción se corresponde a los fines, objetivos y trayectoria de las organizaciones firmantes como promotoras y defensoras de derechos lo que determina su idoneidad para ejercer la representación invocada*”.

Acompañan copia de los estatutos de las cuatro organizaciones amparistas (fojas 48/119) y reseñan los objetivos de cada una de ellas. Aclaran finalmente que se presentan como titulares de una acción colectiva, y en defensa de derechos de incidencia colectiva. Fundan en derecho y citan jurisprudencia que entienden aplicable al caso.

1.4. El GCBA, al contestar demanda en el primero de los procesos referidos, opone la defensa de falta de legitimación activa, afirmando que no existe afectación o perjuicio concreto y directo de derechos de incidencia colectiva.

Agrega luego, que la calidad de habitante de la ciudad no otorga a la parte actora aptitud abstracta para promover un amparo colectivo, ya que “[...] *ninguna de las posibles afectadas se ha presentado a defender sus eventuales derechos en estos autos*”

Con relación a la coactora María de la Cruz Rachid, manifiesta que en su carácter de legisladora de la Ciudad, no ha acreditado apoderamiento alguno de la Legislatura para promover la presente acción, y que, por otra parte, no ha invocado



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

impedimento u obstrucción en la formación de una decisión del cuerpo legislativo que integra, único supuesto que legitimaría su presentación ante la justicia.

Cuestiona también la legitimación de la Asesoría Tutelar para constituirse en parte, afirmando que la Constitución local no le atribuye legitimación para revestir el carácter de parte en procesos de amparo colectivo, y que sólo posee competencia legal para actuar, en forma autónoma y junto con los representantes legales de menores o incapaces, en casos en los que éstos encuentren afectados los derechos de éstos.

Refiere finalmente que la cuestión ventilada en estos autos no constituye un “*caso, causa o controversia*” en los términos de los artículos 106 y 116 de la Constitución local. Explica al respecto que la ausencia de legitimación procesal activa determina la falta de caso judicial.

Funda las defensas referidas en derecho, y solicita se las admita y se rechace la acción.

1.5. En los autos “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)*” el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires opone también las defensas de falta de legitimación activa y de inexistencia de caso judicial, con argumentos similares a los esbozados en autos “*Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*”.

Reitera lo allí argumentado en cuanto a la inexistencia de afectación o perjuicio concreto y directo de derechos de incidencia colectiva, afirmando que la situación jurídica subjetiva alegada por las accionantes resulta insuficiente para tenerlas por parte sustancial en este reclamo, “*toda vez que no han demostrado padecer un daño real, cierto, concreto, específico y directo por parte del GCBA*”.

Funda en derecho, cita jurisprudencia, y solicita el rechazo de la acción.

2. Tal como se señalara *ut supra*, la Constitución de la CABA dispone, en el párrafo segundo del artículo 14, que están legitimados para interponer acción de amparo “[...] 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, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”.

2.1. Con relación a la legitimación activa en amparos colectivos cabe recordar que, como lo viene señalando reiteradamente la Cámara del fuero, la norma otorga al instituto en cuestión una amplitud mucho mayor que la que tiene en el orden federal. Es que la Carta Magna local expresamente atribuye legitimación activa a cualquier habitante, siempre que la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o que se vean afectados derechos o intereses colectivos.

Así, se ha dicho que “[...] El constituyente local ha priorizado la defensa ciudadana de los derechos colectivos, en su artículo 14, otorgando para ello legitimación a cualquier persona con tal que acredite su carácter de habitante, al margen del daño individual que le pueda causar la acción u omisión, ya que el interés jurídico, que en tal caso asiste al actor, es la propia violación de tal derecho perteneciente a la colectividad de la cual es parte. En otros términos, la Constitución otorga relevancia jurídica a la defensa judicial del derecho colectivo alterado, prescindiendo de quién —judicialmente— alegue la lesión. El único recaudo, a tal fin, es el título de habitante y que se debatan derechos de incidencia colectiva”⁸. Así, cuando se trata de derechos de incidencia social o colectiva, “no importa que quien lo alegue sea titular de un interés personal; por el contrario resulta suficiente la afectación del derecho colectivo consagrado por la Constitución y que, quien acciona, revista el carácter de habitante”⁹.

En definitiva, “[...] Emerge de los términos literales del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que la legitimación cuando se debaten cuestiones relativas a la discriminación o a derechos que inciden colectivamente se

⁸ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, 5/2/2007, “Barila Santiago c/ GCBA”; del mismo Tribunal, sentencia del 12-07-2011 en autos “Siciliano, Alejandro Fabián y otros c/ GCBA”).

⁹ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, 14/7/2011, “Asociación Civil Casa Amarilla 2005 y otros c/ GCBA y otros”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

otorga a “cualquier habitante”, no exigiendo —en consecuencia— más que esa condición (v. de esta Sala in re “Martínez, María del Carmen”, de fecha 19.07.01)”¹⁰.

2.2. Esta amplitud del texto constitucional en cuanto a la legitimación activa en materia de amparo, se traduce también en una distinta y más amplia conceptualización del caso o controversia judicial.

Es que, como también se ha destacado en numerosos precedentes de la Cámara del fuero, la notoria diferencia en cuanto a la legitimación procesal en materia de amparos, entre la Constitución Federal y la local -que optó por un modelo propio, posibilitando un acceso a la justicia amplio concordante con el concepto de democracia participativa-, tiene como consecuencia que “[...] el ‘caso o controversia’ en la Ciudad, en los supuestos en los que por vía de amparo se debatan derechos colectivos, no se agota a la existencia de un interés personal, sino —por contrario— tal acción procura la defensa del interés de la sociedad”¹¹.

Reforzando aún más la particular conceptualización del caso judicial adoptada por la Constitución de la CABA, se sostiene que “[...] el concepto de ‘caso o controversia’ en la esfera local es distinto al de la órbita nacional y adquiere modulaciones propias que procuraron desde los inicios fundacionales de la organización autónoma local, disociar claramente el interés personal en las acciones colectivas, del interés jurídico particular que pudiera invocar el accionante, solo condicionada a su calidad de habitante”¹².

Así, frente a las diferencias existentes entre el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la CABA, tanto en lo referente a la legitimación activa en amparos colectivos como a lo relativo a la existencia de caso o controversia judicial, resulta impropio acudir a soluciones de otros

¹⁰ Íd. nota 9.

¹¹ Íd. nota 9.

¹² Íd. nota 8.

ámbitos, que son ajenas a la realidad normativa e institucional local, para decidir el punto.

Lo correcto es, ante la claridad de la norma constitucional, 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, sin que sea dable exigir, como lo pretende la demandada, que los accionantes demuestren la existencia de un interés concreto.

2.3. Con relación a la existencia de lesión actual o inminente de derechos constitucionales, requerida para la habilitación de la vía del amparo, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que en supuestos de amparo por afectación a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional), la existencia de caso, causa o controversia tiene una configuración típica diferente a la de los otros supuestos de amparo, que “[...] *no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho*”. Lo que se requiere es “[...] *la verificación de una causa fáctica común, de una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*”¹³.

En definitiva, la Corte Suprema, al delinear en el precedente citado las pautas que deben regir los procesos de amparo colectivo en casos de afectación a derechos individuales homogéneos, precisó el alcance con que debe interpretarse la exigencia de daño o lesión actual o inminente. Al respecto sostuvo que la acción es procedente “*en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia aspectos referidos a [...] la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o, en su caso, débilmente protegidos*”, y que “*en esas circunstancias la naturaleza excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte*

¹³ CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873 Decreto 1563/04 - s/ Amparo Ley 16.986”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”¹⁴.

Así, resultan inatendibles las afirmaciones de la demandada en cuanto a que *“no se ha especificado persona alguna sobre la que tal daño recaería”* o que *“la lesión de derechos o garantías no se configura, pues los actores no han podido demostrar ser titular de un derecho”*.

En efecto, los accionantes y el Ministerio Público Tutelar han invocado la afectación de derechos de jerarquía constitucional tales como la vida, la salud, la autonomía y la dignidad en condiciones de igualdad, entre otros. Esa afectación tendría la forma, de acuerdo al planteo efectuado, de *“amenaza de una lesión futura causalmente previsible”*, en términos de la Corte Suprema¹⁵

A su vez identificaron, como grupos afectados, a las mujeres que ante la situación contemplada en la segunda parte del artículo 86 del Código Penal recurren a un centro de salud solicitando la interrupción del embarazo, y, en el caso de la Asesoría Tutelar, a las niñas y adolescentes, y a las mujeres afectadas en su salud mental que pretendan acceder a la práctica de aborto no punible.

La afectación de esos derechos, señalan, se produce por una causa fáctica común, cual es la serie de restricciones e impedimentos impuestos por la resolución 1252/2 al acceso a la práctica del aborto autorizado por el Código Penal. Sobre este punto cabe agregar que a partir de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *“F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva”* ya citado, resulta indiscutible que el supuesto de autos configura un caso de afectación de los derechos invocados por los amparistas, que habilita el remedio procesal intentado en autos.

En definitiva, las razones expuestas me llevan a sostener que se encuentra cumplida la exigencia de afectación o lesión de derechos contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en el 14 de la local para la procedencia del presente amparo, por lo que la defensa de la demandada en tal sentido habrá de ser

¹⁴ Íd. nota 13.

¹⁵ Íd. nota 13.

rechazada.

2.4. Seguidamente me referiré a las objeciones planteadas por la demandada con relación a la legitimación de María de la Cruz Rachid para promover la acción de amparo *sub lite*. Adelanto que los planteos del GCBA no habrán de ser receptados.

Al promover la demanda, la nombrada invocó su carácter de diputada de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, y luego acompañó las constancias de desempeño de esa función (foja 21). Y si bien es cierto que la Constitución local no otorga a los legisladores de la Ciudad una legitimación especial para promover amparos colectivos en ese carácter, también es cierto que la legisladora Rachid es habitante de la Ciudad de Buenos Aires, y en ese carácter sí está legitimada para accionar por la vía del amparo colectivo.

En este marco, y teniendo presente la regla contenida en la primera parte del cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución de la CABA, que dispone que “[...] *El procedimiento de amparo está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad*”, habré de tener por presentada a María de la Cruz Rachid en carácter de habitante de la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, y por las mismas razones expuestas en el apartado **II.2.1.** corresponde rechazar los planteos del GCBA relativos a la falta de legitimación de Rachid para accionar en estas actuaciones.

2.5. Con relación a la pretensión del Ministerio Pupilar de constituirse en parte –también cuestionada por la demandada–, adelanto que los argumentos del GCBA impugnando su legitimación no resultan atendibles.

El artículo 125 de la Constitución de la CABA dispone que es función del Ministerio Público “[...] *Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica*”.

A su vez la ley 1903 orgánica del Ministerio Público, establece, en su artículo 49, que corresponde a los Asesores o Asesoras Tutelares, entre otras funciones “[...] *2. Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as. [... 4.- Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios[...]”.

Por su parte, el artículo 59 del Código Civil prescribe que *“A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”*.

Es decir que tanto el texto constitucional como la normativa legal *supra* citada son claros cuando atribuyen al Ministerio Pupilar la función de promover causas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores y de los incapaces, entablando las acciones y recursos pertinentes en forma autónoma o bien junto con sus representantes legales. Ninguna duda queda entonces en cuanto a la legitimación de la Asesoría Tutelar General y de la Asesora Tutelar interviniente en autos, para constituirse en parte actora cuando se encuentra en juego derechos de los menores e incapaces.

El criterio sustentado por el suscripto ha sido receptado en forma pacífica y reiterada por la Cámara del fuero, en numerosos pronunciamientos en los que consideró que el Ministerio Tutelar posee legitimación autónoma para promover acciones judiciales en defensa de personas menores o incapaces, cuando se trata de

derechos de incidencia colectiva¹⁶.

En esos precedentes, y explicitando el alcance de la norma contenida en el artículo 59 del Código Civil instituye, se ha sostenido que “[...] en nuestro sistema coexisten el sistema de representación y asistencia en el remedio a la incapacidad. Y, si bien la función principal del Asesor de Menores es la asistencia al representante individual del incapaz, cuando éste es omiso, puede actuar subsidiariamente en ese mismo carácter para impedir la frustración de un derecho [...]

Elena I. Highton considera que el alcance de las funciones del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota en la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz ya que, en ciertas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo. Señala concretamente que “la función de orden público que el art. 59 del Cod. Civil le atribuye no se limita a una simple ratificación de lo actuado por el representante necesario sino que sus atribuciones se extienden en la medida que lo requiera la defensa del incapaz” (Highton E., Funciones de Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control, LL, 1978-B-904). En definitiva, de lo expuesto, se desprende que el Asesor de Menores, bajo una interpretación amplia del art. 59 del Cod. Civil, tiende también a suplir la eventual falencia, negligencia o simple omisión en la que pueden incurrir los representantes legales con el único objetivo de proveer a la defensa del interés del incapaz”¹⁷.

2.6. En lo relativo a la legitimación activa de las entidades promotoras del amparo “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”, destaco que conforme los estatutos presentados por esas organizaciones, las cuatro organizaciones se encuentran legitimadas para promover la presente acción, de conformidad con lo reglado en el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución de la CABA.

En efecto, la norma impone como único requisito que se trate de “personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos”, supuesto que se encuentra verificado en los procesos de autos.

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 3, 4/4/2011 “Asesoría Tutelar Cayt N° 1 (Oficio 240/10) c/ GCBA s/ otros procesos incidentales – Expte. 39223/1”; id. Sala 2, 8/11/2011, “Asesoría Tutelar n° 1 ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA c/ GCBA”.

¹⁷ Sentencia de la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT del 4/4/2011 citada en nota 16.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

La **Asociación por los Derechos Civiles** es una asociación civil sin fines de lucro, entre cuyos propósitos se encuentra el de *“promover el respeto de los derechos fundamentales del individuo, asistiéndolo en los conflictos que se susciten tanto con funcionarios públicos como con particulares, y de los que puedan derivar cercenamientos o restricciones al efectivo goce y ejercicio de tales derechos”* y el de *“defender los derechos de los individuos a través de presentaciones ante autoridades judiciales o administrativas, gubernamentales, ya sea del gobierno federal o provincial[...]*” (artículo 2, incisos a y c del estatuto obrante a fojas 48/53).

El **Centro de Estudio Legales y Sociales** es también una asociación civil que tiene por fin, entre otros, el de *“[...] Asistir a las víctimas de violaciones a los derechos humanos fundamentales poniendo a su disposición profesionales debidamente matriculados para el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales que tiendan a la reparación de la justicia lesionada[...]*” (artículo 2 del estatuto obrante a fojas 84/88).

La asociación civil **Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Asociación Civil – ELA** tiene por misión *“promover el ejercicio de las mujeres y la equidad de género en Latinoamérica, a través del derecho y las políticas públicas”,* para lo cual goza de la facultad de *“representar los intereses y abogar por el respeto y el reconocimiento de los derechos de las mujeres, llevando adelante la defensa legal de sus derechos en ejercicio de la legitimación otorgada por el artículo 43 de la Constitución Nacional, ante los tribunales de justicia y la administración pública”* (artículo 2 del estatuto obrante a fojas 95/103).

Finalmente, la **Asociación R.E.D.I. (Red por los derechos de las personas con discapacidad)** es una entidad organizada bajo la forma de asociación civil sin fines de lucro, entre cuyos propósitos se cuenta el de *“desarrollar acciones para la efectiva defensa de los derechos de las personas con discapacidad, tendientes a lograr la real equiparación de oportunidades que conlleve a su plena integración social”,* pudiendo, al efecto, *“actuar administrativa y/o judicialmente en cualquier carácter,*

conforme a derecho, en asuntos de derechos de incidencia colectiva, derechos colectivos o particulares, relacionadas con la temática de discapacidad o que por su relevancia puedan afectar directa o indirectamente en forma individual o colectiva a personas con discapacidad, sea que tal afección sea actual o futura” (artículo 2 del estatuto obrante a fojas 112/117).

En todos los casos, se trata de personas jurídicas debidamente constituidas con arreglo a la ley, y que tiene por objeto la defensa de los derechos humanos fundamentales de las personas en general, de las mujeres, o bien de las personas con discapacidad. Las cuatro están, a su vez, facultadas a promover acciones judiciales en defensa de los intereses cuya salvaguarda persiguen. De tal suerte, su legitimación para obrar en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 24 de la Constitución de la CABA es indudable.

3. Una última consideración cabe efectuar con relación a la procedencia de la vía elegida por los reclamantes, en función a la opinión vertida por la señora Fiscal en su dictamen obrante a fojas 351/355.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires regula dos acciones distintas en materia de protección de derechos fundamentales. Una es el amparo consagrado en el artículo 14, en sus variantes individual y colectivo, y la otra es la acción declarativa de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 113, inciso 2, de la carta magna local.

De esta suerte, cuando un habitante de la Ciudad considera que un acto de las autoridades locales resulta contrario al ordenamiento jurídico vigente, puede recurrir, según el caso, a una de esas dos acciones.

Se trata, esencialmente de dos acciones distintas. El amparo exige acreditar la afectación de un derecho –ya sea individual o colectivo- y un interés legítimo. La acción declarativa de inconstitucionalidad, en cambio, es una suerte de acción popular, más amplia que el amparo, y cuyo objetivo fundamental es el control de legalidad de los actos de las autoridades, por parte de cualquier habitante de la Ciudad, sin importar si posee o no un interés legítimo.

La elección de una vía u otra va a depender de las circunstancias del caso, y en los supuestos en que sea procedente una u otra acción, de la elección del



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

propio accionante. Una interpretación distinta, que impida al justiciable elegir la vía que entiende más adecuada para la protección de los derechos que considera afectados -cuando, como es el caso se verifican los requisitos para acudir por ambos caminos-, resultaría contraria a la previsión contenida en el párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución de la CABA.

Por otra parte, adoptar una interpretación restrictiva como la que esboza la señora Fiscal en su dictamen, implicaría vaciar de contenido el instituto del amparo colectivo, imponiendo la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad siempre que se pretenda la declaración de inconstitucionalidad de una norma general que afecta a un grupo de personas en forma homogénea.

Si la Constitución previó dos mecanismos distintos para que los habitantes de la ciudad ocurran al órgano jurisdiccional frente a situaciones similares, es indudable que lo hizo con miras a ampliar la protección de los derechos y los mecanismos para efectivizar garantías.

El criterio sustentado por el suscripto ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia, en una causa en la que se cuestionaba la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo local. Se trataba, como en el presente caso, de un supuesto cuyos presupuestos fácticos autorizaban tanto la vía del amparo colectivo, como la de la acción declarativa de inconstitucionalidad, y el Tribunal resolvió que la elección de uno u otro procedimiento correspondía a los amparistas, y no al órgano jurisdiccional¹⁸.

En definitiva, si los accionantes invocaron y acreditaron poseer un interés legítimo, si se verifica la existencia de una controversia, y si se cuestiona un acto de autoridad por resultar ilegítimo y contrario a disposiciones constitucionales, es decir, si se encuentran cumplidos los requisitos para la procedencia del amparo, no corresponde rechazarlo so pretexto de que existe otra vía procesal para obtener la misma

¹⁸ TSJ, 26/04/2011, “Corti, Aristides, Horacio María y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”.

solución que se pretende a través de este proceso.

4. En atención a las razones expuestas precedentemente, cabe concluir que no asiste razón al demandado Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en orden a los planteos de falta de legitimación y de inexistencia de caso o controversia judicial formulados en los dos procesos acumulados.

Tanto los amparistas en la causa “*Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*”, como el Ministerio Público Tutelar, cuanto las organizaciones actoras en “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*”, acreditan tener un interés legítimo para accionar en estos autos. Y, acreditado ese interés legítimo, el reclamo que concierne la defensa de derechos colectivos configura el “caso o controversia” requerido para la procedencia de la acción.

En consecuencia, corresponde disponer el rechazo de las defensas de falta de legitimación pasiva y de inexistencia de caso judicial.

Resueltas estas cuestiones preliminares, y resultando competente el suscripto para entender en este proceso, en razón de lo manifestado en el apartado 3. precedente, me abocaré a tratar el fondo de la cuestión traída a mi conocimiento.

III. La normativa objeto de la presente acción de amparo.

Como ya se reseñara al inicio de este decisorio, tanto los actores y el Ministerio Público Tutelar en los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*”, como los accionantes en los autos “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*” cuestionaron la concordancia de diversas disposiciones contenidas en la resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, con los textos de las constituciones nacional y local, con diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional o supralegal, y con disposiciones legislativas vigentes.

Asimismo, en los autos referidos en primer término, los amparistas impugnaron la constitucionalidad del decreto 504/2012 entendiendo que contraría diversas disposiciones de rango constitucional, supralegal y legal, al tiempo



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

que no respeta el principio de razonabilidad consagrado en la Constitución Nacional.

Previo a adentrarme en el análisis de cada uno de esos planteos, y a efectos de una mayor claridad, efectuaré una breve reseña de las normas cuestionadas, así como también de las disposiciones en juego en la presente acción, en especial el artículo 86 del Código Penal.

También, y teniendo en cuenta la relevancia que tuvo en el dictado de las dos disposiciones impugnadas, me referiré al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*”¹⁹.

Las referencias se harán en orden cronológico, facilitando así la comprensión de los tópicos que se debaten en autos.

1. El artículo 86 del Código Penal.

El Código Penal tipifica el delito de aborto en los artículos 85 a 88.

En el artículo 85 se regula el aborto simple y sus agravantes y atenuantes.

El artículo 86, define, en su primera parte, el denominado aborto de los profesionales, en tanto que en la segunda parte establece los casos de aborto no punible o abortos autorizados.

El artículo 87 tipifica el aborto preterintencional, en tanto que el 88 pune a la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause.

Volviendo a los casos de aborto no punible o autorizado, el mencionado artículo 86 define dos supuestos: el aborto terapéutico y el aborto por causa de violación. La norma establece que

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud

¹⁹ Fallo citado en nota 1.

de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º 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”.

1.1. Nuestro sistema jurídico penal contempló, desde sus inicios, excepciones a la punibilidad del aborto, similares a las regladas en la actualidad.

Así, ya el Código Tejedor preveía la *“causa de honor”* como atenuante del autoaborto. De manera análoga, el Código Penal de 1886 preveía como atenuante de la pena aplicable a la mujer que causaba su aborto o brindaba el consentimiento para la realización por un tercero, el que lo hiciera *“para ocultar su deshonra”*.

Luego de varias reformas que introdujeron modificaciones no sustanciales en el tema que nos ocupa, en 1922 entró en vigencia el artículo 86 del Código Penal de la Nación en su redacción actual. Entre los años 1968 y 1984, la norma sufrió varias modificaciones, para volver finalmente a la redacción de 1922, vigente en la actualidad²⁰.

En el año 1968 se modificó nuevamente la norma: se introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso 1; se eliminó en el inciso 2 la frase *“o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”*; y se incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que *“cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente”* era necesario *“el consentimiento de su representante legal”*. Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509, y así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno *de facto*, mediante el decreto ley 21.338, derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, una *“ley omnibus”* que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al Código Penal por la dictadura. De esta

²⁰ La reforma de 1968 introdujo el requisito de gravedad del peligro en el inciso, se eliminó en el inciso 2 la frase *“o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”*, y se incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. En 1973 se volvió al texto anterior. En 1976 se reimplantó el texto de 1968 y finalmente en 1984 se retornó a la redacción de 1922.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días²¹.

1.2. Así, nuestro sistema penal ha adoptado, en materia de aborto, el llamado modelo de indicaciones, que especifica de manera expresa los supuestos de no punibilidad. Esos supuestos, según el criterio sentado recientemente por el más alto Tribunal de nuestro país²², son dos: el aborto terapéutico (inciso 1 del artículo 86 del Código Penal), y el aborto en casos de embarazo producto de una violación, llamado aborto “*sentimental*” o “*ético*” (artículo 2 del artículo citado). Las indicaciones señaladas no hacen referencia alguna al tiempo del embarazo en que puede realizarse la práctica permitida, como si lo hacen los sistemas que adoptan el modelo de plazos, en los que autoriza la realización del aborto en todos los casos en que no haya transcurrido, desde la gestación, el tiempo que se considera como límite.

Del análisis de la artículo *sub examine* se desprende que, más allá de cualquier valoración ética sobre la cuestión, la existencia de autorizaciones para la práctica del aborto contenida en el artículo que analizamos, es reveladora de la relativización de la protección penal de la vida del embrión o feto, frente a los derechos de la mujer embarazada. “*Como sucede con cualquier otro bien jurídico, la protección penal no es absoluta, sino relativa y condicionada a la protección de otros intereses de la embarazada igualmente merecedores de protección. En el supuesto de conflicto entre la vida dependiente y otros bienes jurídicos de la embarazada es necesario arbitrar una regulación que permita resolver a priori y con carácter general los casos concretos que se plantean.*”²³

La norma que analizamos, desde su sanción provocó diversas

²¹ Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel, “*El aborto no punible en el derecho argentino*”, N° 09, *despenalizacion.org.ar*, abril 2009.

²² C.S.J.N., Fallo citado en nota 1.

²³ Larrandart, Lucila, “*Aborto, aborto del profesional y abortos autorizados, aborto “preteritacional”, autoaborto, consentimiento y tentativa de la mujer*”, en obra colectiva “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (Directores), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007).

discusiones relativas a su interpretación, que se vieron y se ven reflejadas en la proliferación de conflictos judiciales, en los que partes involucradas requirieron a los órganos jurisdiccionales que se levantaran los obstáculos para acceder al aborto no punible, o bien que se definiera del alcance de la excepción a la punibilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo que venimos comentando, y que analizaré *in extenso* en el siguiente apartado, intentó acotar el debate sobre la cuestión, cerrar la discusión, delineando las pautas que deben regir la interpretación de la norma contenida en la segunda parte del artículo 86 del Código Penal. Allí sostuvo que “*corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal*”, priorizando una exégesis “*que esté en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico*” y privilegiando “*la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*”²⁴.

2. El fallo “F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva”.

El 13 de marzo de 2012, y como consecuencia de los impedimentos padecidos por una menor de 15 años de edad –embarazada como consecuencia de la violación por parte de su padrastro- para acceder a la práctica del aborto no punible, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo citado en título, sentando las pautas interpretativas que deben regir el acceso al aborto no punible previsto en el artículo 86 del Código Penal.

2.1. El Alto Tribunal destacó que, si bien la cuestión se había tornado abstracta -en atención a que el aborto ya se había practicado-, resultaba necesario decidir las cuestiones propuestas “*con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro*”²⁵.

Como ya lo adelantara, desde hacía varios años, venían tomado trascendencia pública una serie de casos similares al sometido a decisión de la Corte Suprema. En ellos se evidenciaba que los impedimentos y obstrucciones impuestos a las mujeres para acceder a la práctica del aborto no punible –tanto desde las

²⁴ Fallo citado en nota 1, párrafos 8 y 17.

²⁵ Íd. nota 24, considerando 5°.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

instituciones hospitalarias cuanto desde los tribunales a los que se les requería intervención para autorizar o denegar el aborto-, tornaban, en la mayoría de los casos, imposible su efectivización. En efecto, la autorización no llegaba nunca, o bien llegaba tarde, cuando ya no era posible la práctica, en atención a la avanzada edad gestacional.

La Corte Suprema destacó, en el fallo que analizamos, que el tema en cuestión podía *“comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales”*²⁶.

En efecto, como consecuencia de la situación generada a partir de la costumbre de exigir autorización judicial para la práctica del aborto no punible, diversos organismos internacionales habían emitido informes y recomendaciones cuestionando al Estado argentino por el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas al suscribir los tratados sobre derechos humanos.

Más aún, la cuestión que se debate en autos comprometió efectivamente la responsabilidad internacional del Estado argentino, tal como lo decidió el Comité de Derechos Humanos al pronunciarse en la Comunicación N° 1608/2007, con fecha 29 de marzo de 2011²⁷.

Allí el Comité se pronunció respecto de la denuncia efectuada por la madre de una menor discapacitada que, -embarazada como consecuencia de la violación por parte de un tío-, debió recurrir a un aborto clandestino ante los sucesivos y reiterados impedimentos impuestos por diversos efectores de salud y tribunales intervinientes. El Comité consideró que el Estado argentino incurrió en una violación de los artículos 7,17, y 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 3, 7 y 17 del mismo Pacto²⁸. El organismo

²⁶ Íd. nota 24, considerando 6°.

²⁷ Comité DH, Comunicación N° 1608/2007, CCPR/C/101/D/1608/2007

²⁸ Al pronunciarse sobre el caso llevado a su conocimiento, el Comité puso de resalto que la autorización

internacional concluyó que “[...] *El Estado parte tiene la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada*” y que “[...] *El Estado parte tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro*”²⁹

2.2. Retomando el análisis del precedente de la Corte Suprema, el Tribunal, luego de hacer referencia a las normas internacionales que regulan la cuestión, y a diversos pronunciamientos y recomendaciones internacionales, definió los principios que deben regir la interpretación y la aplicación de la norma contenida en el artículo 86 del Código Penal, sentando las siguientes pautas:

a) *“El supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal comprende a aquél que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima”*³⁰.

b) La judicialización de la práctica del aborto no punible, que constituye una verdadera práctica institucional *contra legem* fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales y provinciales, además de ser innecesaria e ilegal, *“es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la*

judicial exigida a la menor –quien estuvo durante todo el proceso acompañada por su madre, denunciante ante el Comité-, había demorado *“casi un mes y medio después de denunciada la violación y del pedido de interrupción del embarazo”*, y que a pesar de la sentencia que autorizaba la práctica, diversos hospitales y centros de salud se negaron a realizar el aborto. Por tal razón, la madre de la menor debió recurrir a un aborto clandestino. El Comité de Derechos Humanos consideró que la omisión del Estado, *al no garantizar a la menor el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad.* También consideró que la ilegítima ingerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico constituyó una violación del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 17, párrafo 1 del Pacto. También consideró que las sucesivas instancias judiciales que debió atravesar la menor para obtener la autorización para interrumpir el embarazo, y la consecuencia recurrir a la realización de un aborto clandestino, constituye una violación al artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto, en tanto garantiza el acceso a recursos judiciales efectivos.

²⁹ Comité DH, Comunicación cit. en nota 21, párrafo 11.

³⁰ Íd. nota 24, considerando 18.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

interrupción del embarazo en condiciones seguras”³¹.

c) El estado debe garantizar que la práctica se realice en las *“condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”³².*

d) El precepto contenido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que *el “artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación”³³*

e) Las autoridades nacionales y provinciales deben implementar protocolos hospitalarios *“para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”*. En particular se debe:

- i. garantizar la información y la confidencialidad a la solicitante;
- ii. evitar procedimientos administrativos o demoras que retrasen innecesariamente la práctica y disminuyan la seguridad;
- iii. eliminar requisitos que no estén médicamente indicados;
- iv. articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencias para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que existan respecto de la práctica requerida, entre el profesional interviniente y la paciente;
- v. disponer un sistema que permita al personal sanitario ejercer el derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la paciente, y exigiéndose que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del

³¹ Íd. nota 24., considerando 19.

³² Íd. nota 24., considerando 25.

³³ Íd. nota 24., considerando 27.

protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente;

- vi. asegurar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la atención adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva.³⁴

2.3. La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “*F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*” se inserta dentro del tipo de sentencias exhortativas “*que se encuentran instaladas en buena parte de los tribunales constitucionales y tienden a expandirse también en las cortes supremas con papeles de control de constitucionalidad. “Son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (“Legislador negativo” en el caso de los tribunales constitucionales) en un cuasilegislator activo, o al menos impulsor de normas.*”³⁵

Adelanto que las pautas delineadas por la Corte Suprema en el precedente que comento servirán de guía de interpretación para la resolución del tema traído a mi conocimiento. A mi entender, la naturaleza y trascendencia del tema así lo requieren.

Es que si bien los pronunciamientos del más alto Tribunal de nuestro país no son de aplicación obligatoria por los tribunales inferiores, la proliferación de pronunciamientos dispares en temas de trascendencia institucional como el que nos ocupa, contribuiría a generar perjuicios a las personas que resultan involucradas con la decisión (en el caso, las mujeres que reclaman el acceso al aborto no punible previsto en la segunda parte del artículo 86 del Código Penal).

En este sentido, cabe recordar que aunque el sistema jurídico argentino proviene del continental europeo, con raíz en el derecho romano, y no ha adoptado el criterio del “*stare decisis*”, el valor de los precedentes judiciales como fuente del derecho no es solo moral o retórico las sentencias de la Corte Suprema surten el efecto de los precedentes judiciales con valor de ejemplaridad y requieren acompañamiento por parte de los tribunales inferiores. Si bien la Constitución argentina no dispone expresamente la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte Suprema,

³⁴ Íd. nota 24., considerando 29

³⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos”, en obra colectiva “Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV”, Julio Maier (Director), Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, págs. 84 y 85)



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

el deber de seguimiento de sus sentencias se deriva de que ella es el último Tribunal de las controversias de constitucionalidad en el orden interno. El propio Tribunal ha sostenido el deber de los magistrados de las instancias inferiores de prestar acatamiento a su doctrina, afirmando que la interpretación de la CS no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional.

3. La Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA.

El 6 de septiembre de 2012, el GCBA dictó la Resolución 1252/2012, que en su artículo 1º dispuso aprobar “[...] *el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles en los Hospitales del Subsector Público de Salud contempladas en el artículo 86 incs. 1) y 2) del Código Penal que, como Anexo I forma parte integrante de la presente*”.³⁶

La norma derogó una resolución entonces vigente, la número 1174/2007, que también establecía un protocolo para la atención de abortos no punibles, disponiendo que no debía requerirse autorización judicial, y que en el caso de mujeres menores e incapaces, éstas debían ser oídas e informadas en el proceso de decisión.

Por otra parte, en sus fundamentos se mencionó la necesidad de “*atender prudencialmente*” al contenido del fallo “*F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*”, “*y a la exhortación que en él se incorpora, por el principio de autoridad que inviste el Máximo Tribunal*”.

A efectos de evitar repeticiones innecesarias, el contenido del anexo I a la resolución será analizado *infra*, en el apartado V, junto con las impugnaciones a la misma formuladas por los amparistas.

4. El Decreto 504/2012.

El 27 de septiembre de 2012, días después de dictada la resolución

³⁶ Resolución 1252/GCABA/MSGC/12, publicada en el BOCBA N° 3991 del 10/09/2012.

referida en el apartado precedente, la Legislatura de la CABA sancionó la ley 4318, que regula el procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles contemplados en los incisos 1° y 2° del Código Penal.

Si bien la resolución 1252/2012 y la ley 4318 tienen el mismo objeto, ya que ambos implementan el procedimiento para la atención de abortos no punibles en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el texto legal contiene una regulación esencialmente diferente a la de la resolución, fundamentalmente en los tópicos que constituyen la materia del presente amparo. De tal suerte que la sanción de la ley, de haber quedado ésta vigente, hubiera implicado la derogación tácita de la resolución 1252 del Ministerio de Salud de la CABA.

Pero la ley nunca llegó a entrar en vigencia, ya que el 22 de octubre de 2012 fue vetada por el Jefe de Gobierno, mediante el decreto N° 504/2012, cuya constitucionalidad también se encuentra cuestionada en autos³⁷.

Vetada la ley de la Legislatura la cuestión atinente al procedimiento de atención de los abortos no punibles en el ámbito local quedó sujeto a las normas contenidas en la Resolución 1252/2012.

Entre los fundamentos del decreto de veto, se mencionó que la ley vetada “[...] 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”, y que la eventual incorporación al régimen jurídico de la Ciudad del texto de la ley en cuestión “[...]importaría generar una multiplicación de conflictos, de muy probable judicialización”.

También a efectos de evitar repeticiones innecesarias, los restantes fundamentos del decreto cuestionado serán analizados *infra*, en el apartado V, al tratar el planteo de inconstitucionalidad formulado en autos.

IV. Los derechos fundamentales en juego.

1. Es indudable que cuando se aborda la cuestión del aborto no punible y de los principios que deben guiar la interpretación de la cláusula contenida en el

³⁷ Decreto N° 504/GCABA/12, publicado en el BOCBA N° 4021 del 24/10/2012



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

artículo 86 del Código Penal, se ponen en juego derechos fundamentales de las personas, apareciendo muchas veces como contrapuestos entre sí.

Así, por ejemplo, los obstáculos e impedimentos para la práctica del aborto no punible invocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse en el caso “*F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*” ya citado, en general provienen de personas o grupos que invocan el derecho a la vida de la persona por nacer en términos absolutos, como una suerte de barrera infranqueable aún frente al derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de la mujer embarazada.

La correcta solución del presente caso exige realizar una interpretación armónica del ejercicio de esos derechos, que se ajuste a los parámetros sentados por los tribunales y organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos. Es que desde que nuestro país aprobó los tratados internacionales sobre derechos humanos a partir del año 1884, y más aún desde la reforma constitucional de 1994 que dio a dichos tratados jerarquía constitucional, ya no es posible entender los derechos de las personas e interpretar las normas que los regulan abstrayéndose de esos parámetros, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

A partir de la lectura de las presentaciones efectuadas por las partes, y de la consideración del objeto de la demanda, resulta posible afirmar, al menos *a priori*, que se encuentran en juego valores fundamentales como son el derecho a la vida, el derecho a la salud, los derechos de niñas y adolescentes embarazadas, los derechos de mujeres con discapacidad embarazadas y el derecho a la igualdad. También aparece, como contracara de los derechos de la mujer embarazada, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que deben practicar los abortos legalmente permitidos.

Por una cuestión metodológica, analizaré en detalle el alcance de cada uno de los derechos involucrados al tratar los planteos de inconstitucionalidad incoados en autos.

No obstante, a modo de introducción, y entendiendo necesario dejar

sentados cuáles son los principios que deben regir la interpretación de las normas cuya inconstitucionalidad se propugna, formularé algunas consideraciones respecto del derecho a la vida, a partir de las normas que lo consagran y de las pronunciamientos de organismos competentes, tanto internacionales como locales.

Es que el planteo central de los amparistas se relaciona con los riesgos para la vida y la salud de las mujeres embarazadas generados por las restricciones al acceso al aborto no punible contemplado en el Código Penal; también hacen mención a que esas restricciones con frecuencia obligan a recurrir a abortos clandestinos, lo que conlleva un inaceptable incremento de los riesgos para la madre.

Por otra parte, diversos tribunales y organismos internacionales se han pronunciado sobre este punto, enfatizando los problemas derivados de las restricciones que en la práctica se evidencian en nuestro país para acceder al aborto no punible y la grave afectación a los derechos de las mujeres que esta situación implica, y exigiendo a los países miembros de los tratados que adopten las medidas pertinentes para enmendar esa situación.

Así, el Comité de Derechos Humanos expresó que “[...] *En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado... en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación*”³⁸.

En un informe posterior, el mismo organismo manifestó que “[...] *El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo.*

³⁸ Comité DH, 70º período de sesiones, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000, CCPR/CO/70/ARG.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

*(Artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”.*³⁹

En el mismo sentido, y ampliando el alcance de las observaciones del Comité, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “[...] en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión. [...] Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Al respecto, en el caso *L.C. vs. Perú*, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación”. [...] El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una “decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de

³⁹ Comité de Derechos Humanos, 98º período de sesiones, 8 a 26 de marzo de 2010, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto, Observaciones finales, CCPR/C/ARG/CO/4

que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”, ésta resulta discriminatoria. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Caso L.C. vs. Perú, Com. N° 22/2009, 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011)”⁴⁰.

También el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales abordó el tema del aborto no punible en Argentina, manifestando que “[...]El Comité reitera su preocupación por la insuficiencia de los servicios de salud reproductiva para las jóvenes y las mujeres en el Estado parte, lo que ha dado lugar a tasas de mortalidad materna elevadas y en general a altas tasas de embarazo en la adolescencia (E/C.12/1/Add.8, párr. 24). Además, observa en particular grandes disparidades entre las distintas provincias. El Comité también observa con preocupación que los abortos no medicalizados siguen siendo una de las principales causas de la mortalidad materna (arts. 10 y 12). El Comité insta al Estado parte a velar por que la Ley sobre la salud sexual y reproductiva se aplique en todas las provincias y por que se garantice a todas las personas, especialmente a los adolescentes, acceso a educación y servicios completos de salud sexual y reproductiva, con el fin de, entre otras cosas, reducir las elevadas tasas de mortalidad materna. El Comité recomienda que el Estado parte ponga en marcha programas para mejorar la sensibilización de la población a la salud sexual y reproductiva. También recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto”⁴¹.

El Comité de los Derechos del Niño también expresó su preocupación por la situación relativa los abortos no punibles en Argentina, en particular por el elevado porcentaje de mortalidad materna (especialmente de adolescentes) causada por el aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación prevista en el artículo 86 del Código Penal. En dicho punto recomendó al Estado argentino: a) que adopte medidas urgentes para

⁴⁰ CorteIDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Sentencia del 28/11/2012, párrafos 226, 227 y 297)

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011, Examen de los informes presentados por los Estados, partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto , Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Argentina, E/C.12/ARG/CO/3



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

eliminar las desigualdades existentes entre las provincias en el acceso a los servicios de salud y la calidad de éstos, b) que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando para que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas y c) que enmiende el art. 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente en lo que respecta al aborto legal⁴².

Finalmente, cabe mencionar que también el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se ocupó en reiteradas oportunidades del tema que nos concierne, expresando, en un informe reciente sobre el Estado Argentino, “[...] que, puesto que el Estado parte ha legalizado el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquél en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo. Es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de ésta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla”⁴³.

El definitiva, la cuestión que me toca decidir trasciende no sólo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sino también el nacional, ya que ha sido materia de pronunciamiento por los organismos internacionales competentes a la hora de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.

Por tal razón, y tal como lo señalara precedentemente respecto del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los pronunciamientos de los organismos internacionales referidos serán una referencia ineludible a la hora de

⁴² Comité de los Derechos del Niño, 54 período de sesiones (25 de mayo a 11 de junio de 2010), Observaciones Finales respecto del Estado Argentino, "Salud y Acceso a los Servicios de Salud".

⁴³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 50º período de sesiones, Comunicación Nº 22/2009, dictamen de fecha 17 de octubre de 2011.

resolver el presente caso.

Es que la jurisprudencia creada por los organismos internacionales de control, como producto de la función que le asignan los tratados que dispusieron su creación, debe ser seguida en forma inexcusable en la interpretación de los derechos garantizados en los instrumentos internacionales. *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad ‘ex officio’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*.⁴⁴

La trascendencia que tiene la cuestión debatida en autos con relación al derecho a la vida y a la salud de la mujer embarazada, destacada en los pronunciamientos de los organismos internacionales antes citados me obliga a efectuar algunas referencias relativas al alcance de esos derechos.

2. El derecho a la vida, como es lógico, ocupa el primer lugar en las declaraciones y tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contienen sendas disposiciones que consagran el derecho a la vida en los siguientes términos: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*

El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone 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”*.

Esta última norma incluye como sujeto del derecho a la vida, a las

⁴⁴ CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C nro. 101



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

personas por nacer, al especificar que estará protegido por la ley “*en general, a partir del momento de la concepción*”.

Cuando se redactó la Convención Americana, la frase “*en general*” fue objeto de especial consideración, y su inclusión definitiva obedeció al reconocimiento de las excepciones que puede presentar el derecho a la vida de la persona por nacer, cuando está en juego la vida o la salud de la madre, o cuando el embarazo es producto de una violación. En efecto, las legislaciones de la mayoría de los países signatarios del pacto contenían disposiciones similares a la del artículo 86 de nuestro código penal.

El texto del artículo 4.1. entonces, se refiere al derecho a la vida de la persona por nacer como un derecho relativo, supeditado a las excepciones que contemplan el derecho a la vida y a la salud de la madre.

Así lo interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que “[...] Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término ‘*en general*’ se relaciona con la expresión ‘*a partir de la concepción*’. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones”⁴⁵.

A la misma conclusión arribó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Baby Boy*”, en el que luego de efectuar una reseña de los antecedentes de la redacción del artículo 4.1. de la Convención, expresó que la frase “*en general, a partir del momento de la concepción*” permite la introducción de excepciones al derecho a la vida de las personas por nacer⁴⁶.

⁴⁵ CorteIDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sentencia del 28/11/2012 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, parágrafo 188).

⁴⁶ Comisión IDH, Resolución No. 23/81 del 6 de marzo de 1981, caso 2141 Estados Unidos de América. La Comisión adopta un concepto relativo del derecho a la vida de la persona por nacer, que puede contemplar diversas excepciones, tales como: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b)

3. Junto con el derecho a la vida, el derecho a la salud juega un rol fundamental en la problemática del aborto no punible y, en consecuencia, en la dilucidación del presente caso.

Adelanto, por otra parte, que se ha planteado en autos un conflicto relativo al alcance que debe darse al concepto de “salud” en el texto del inciso 1 del artículo 86 del Código Penal. Así, mientras una parte entiende que el término refiere al concepto de “salud integral” consagrado en la Constitución de la CABA, la otra parte lo considera acotado a la salud física.

Para aclarar ésta y otras cuestiones suscitadas en torno al derecho a la salud, se debe recurrir a las normas vigentes respetando su jerarquía, y a la interpretación de dichas normas efectuadas por los órganos competentes.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone, en su artículo 25, que *“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”*

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”* (Artículo XI).

En una interpretación amplia del concepto de salud que emana de las normas antes mencionadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que *“[...] La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*, señalando que *“[...] los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para*

para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal]”⁴⁷.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el alcance del derecho a la salud, expresando que “[...] *A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”⁴⁸.

A su vez, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra el derecho a la salud con el mismo criterio amplio que se desprende de las normas internacionales antes citadas, al incorporar el concepto de salud integral. Así, en el artículo 20 dispone que “*Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente*”.

⁴⁷ CorteIDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sentencia del 28/11/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, parágrafo 148.

⁴⁸ CSJN, 11/6/2000, “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”.

En sentido similar, la ley 153 de la CABA define que “[...] *La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a) La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente*” (artículo 3).

3. En definitiva, el criterio interpretativo que debe regir la dilucidación del tema *sub examine* es el de la mínima restricción a los derechos, y el de la máxima exigencia al estado en la implementación de un procedimiento que permita el acceso a la práctica médica en cuestión en condiciones seguras.

Es que, como lo sostuvo en un caso reciente la Corte Suprema, los derechos a la vida y a la salud reconocidos por la Ley Fundamental y por los tratados internacionales de jerarquía constitucional “[...] *conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario [...] los estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1)*”⁴⁹.

V. Planteo de inconstitucionalidad de la resolución 1252/2012

Como se reseñara al inicio de este decisorio, los accionantes en los autos “*Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*”, solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 17 del Anexo I de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, alegando que la reglamentación al aborto no punible introducida por la resolución en cuestión, al incorporar restricciones no previstas en la norma legal, viola el principio de legalidad y el sistema de fuentes del ordenamiento constitucional absoluta. Refieren también que los artículos impugnados violan de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad y la interpretación establecida por la CSJN en el caso “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*” ya citado.

Criticando puntualmente: la intervención del equipo interdisciplinario

⁴⁹ CSJN, 24/10/2000, “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” s/ Recurso de hecho”



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

prevista en el artículo 2 del anexo; la confirmación del diagnóstico y la procedencia de la práctica en el caso previsto en el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal, por parte del director del hospital; las previsiones establecidas en relación al consentimiento para la práctica de aborto no punible en el caso de niñas y adolescentes; y la regulación del derecho de objeción de conciencia.

La Asesora Tutelar General y la Asesora Tutelar a cargo de la Asesoría CAyT n° 1 peticionan se ordene a la demandada a remover todos los obstáculos que en la práctica impiden el acceso al aborto no punible, y solicitan se declare la inconstitucionalidad de la última parte del artículo 2, y de los incisos a), tercer párrafo y b) segundo párrafo, última oración del artículo 9, de la resolución cuestionada.

Específicamente cuestionan, por ser contrarios a normativa superior, la intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario y del director del hospital, el requisito del informe médico que acredite la gravedad del caso, y el dictamen del equipo interdisciplinario, en tanto constituyen requisitos no previstos en el Código Penal, y como tal constituyen un obstáculo para acceder a la práctica médica. Atacan también por inconstitucional la exigencia de consentimiento por parte de los representantes legales de las mujeres menores de edad, así como la sustitución total de la voluntad de las mujeres con discapacidad. Asimismo alegan que la norma cuestionada implica una clara vulneración a los principios de razonabilidad, que la imposición de obstáculos para el aborto no punible constituye un supuesto de violencia institucional y que se ven afectados el derecho a la salud, y los principios de progresividad y no regresividad de los derechos y de igualdad y no discriminación garantizados en la Constitución Nacional.

A su vez, las asociaciones amparistas en los autos “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)*”, cuestionan la constitucionalidad de los requisitos para acceder a la práctica de aborto no punible en la Resolución 1252/12 del Ministerio de Salud, en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a y b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20.

Cuestionan puntualmente: la intervención obligatoria del equipo interdisciplinario; la exigencia de la conformidad del Director del efector sanitario con el diagnóstico y la interrupción del embarazo; el requisito del consentimiento de los representantes legales en casos de mujeres menores de 18 años; las exigencias contenidas para los casos de mujeres con discapacidad; el requisito de gravedad contenido en el artículo 9; el límite temporal de 12 semanas de embarazo previsto en el artículo 17, y la regulación de la objeción de conciencia. Afirman que todas estas disposiciones violan los principios de razonabilidad, de legalidad y de reserva legal.

Efectuada esta breve introducción, seguidamente analizaré cada una de los preceptos atacados, a efectos de verificar su compatibilidad con el ordenamiento normativo constitucional. Abordaré la cuestión agrupando los aspectos impugnados en función al orden del articulado de la resolución y tratando, en cada tópico, los argumentos de cada una de las partes.

1. La intervención del equipo interdisciplinario (artículos 2 y 18).

La resolución prevé, en su artículo 2, para la atención de los casos de abortos no punible, la intervención de un equipo interdisciplinario, cuya integración está regulada en el artículo 18, que dispone:

“Se constituirá un equipo interdisciplinario “ad-hoc”, para cada caso, integrado por: los/las jefes/as de los Departamentos de Medicina, Materno Infantil y Técnico y el/la Jefe/a de Servicio Social del Hospital o quienes dichos jefes/as designen.

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”.

La intervención del equipo interdisciplinario es atacada por los amparistas con fundamento en que *“tiene fines y potenciales resultados obstructores”*, operando en la práctica como una barrera que impide el acceso a la práctica del aborto autorizado. También afirman que no posee ninguna justificación de tipo clínica, dado que el diagnóstico médico lo hace el profesional interviniente, quien puede realizar, en caso de considerarlo necesario, una interconsulta con otros profesionales (esa



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

interconsulta, habitual en otras prácticas de salud, no es considerara como exigencia en ningún protocolo sanitario).

A criterio del sentenciante, asiste razón a los peticionantes en cuanto a que la constitución del equipo interdisciplinario *ad hoc* instituye un impedimento ilegítimo e innecesario que no se corresponde con las normas que rigen la materia -a las que he hecho referencia en los apartados precedentes- y con la interpretación de esas normas efectuada por los organismos competentes.

La constitución del equipo interdisciplinario *ad hoc* para cada caso, integrado por varios profesionales del hospital conlleva varios problemas que, en definitiva, constituyen una traba insalvable para el acceso al aborto.

En primer lugar, la integración del equipo siguiendo las pautas de la norma impugnada podría demandar varios días, hasta su funcionamiento. Podría también suceder que los jefes de los servicios no estuvieran disponibles, o que, integrado el equipo, no hubiera unanimidad de criterio entre los profesionales. De esta suerte, cualquier problema en la constitución del comité o en la adopción de decisiones, redundaría en un grave perjuicio para la mujer embarazada, puesto que el acceso a la práctica solicitada quedaría supeditado a la resolución de esos problemas. A esto hay que agregar que el diagnóstico del médico interviniente y la necesidad del aborto debe ser confirmada por el director del hospital. El resultado es que al menos seis profesionales tomarán intervención en el caso, dificultándose enormemente la adopción de decisiones ágiles y del mecanismo sencillo que requiere la situación conforme lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los organismos internacionales.

Sobre el tema que nos ocupa, el alto Tribunal sostuvo categóricamente que *“todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta [...] constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido*

otorgar”⁵⁰.

En el mismo sentido, dispuso también que los protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles deben evitar procedimientos administrativos que retrasen innecesariamente la atención de la paciente, así como la solución de los eventuales desacuerdos entre el profesional y la paciente. En otras palabras, “*no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o al propia vida de quien la reclama*”⁵¹.

De otro lado, la constitución de ese equipo interdisciplinario no presenta ningún beneficio para la mujer, por lo que, en definitiva, termina siendo sólo una barrera para el ejercicio de su derecho a acceder al aborto no punible.

De tal suerte que los preceptos contenidos en los artículos 2 y 18 de la resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA no se ajustan a los textos de los tratados internacionales *supra* citados y de las constituciones de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

2. La exigencia de gravedad en los supuestos de peligro para la vida o la salud y el requisito de confirmación del diagnóstico por parte del director del hospital.

El inciso *a*) artículo 9 de la resolución 1252/2012 establece que:

“[...] La atención de aborto no punible en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada en los casos del artículo 86 inciso 1 del Código Penal, deberá efectuarse bajo el siguiente procedimiento:

a) El peligro para la vida o para la salud de una mujer embarazada y que este peligro no pueda ser evitado por otros medios, debe ser diagnosticado por el profesional interviniente, quien en caso de estimarlo necesario podrá requerir interconsultas con otros especialistas.

El médico deberá hacer constar en la historia clínica la gravedad del caso, por qué considera que debe abortarse en el estado de la ciencia al momento de emitir el informe, las alternativas terapéuticas consideradas, y por qué descarta cada una de ellas.

El/la Director/a de los efectores del Subsector Estatal del Sistema de

⁵⁰ CSJN, fallo citado en nota 1, considerando 24.

⁵¹ Íd. nota 50, considerando 25.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá confirmar el diagnóstico y la procedencia de la interrupción de la gestación. Asimismo deberá disponer los recursos necesarios para la realización del procedimiento”.

La norma transcrita regula el procedimiento del diagnóstico y procedencia de la práctica del aborto en los casos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.

2.1. Con relación a la exigencia de gravedad en el peligro a la salud, cabe destacar que asiste razón a los amparistas, cuando afirman que la norma del poder ejecutivo local introduce una exigencia no prevista en el Código Penal.

En efecto, el texto del inciso 1 del artículo 86 del Código Penal es claro cuando expresa que el aborto está autorizado “*con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios*”.

La gravedad no es un requisito entonces para la causal de no punibilidad, por lo que su inclusión implica una modificación del texto legal. Ahora bien, esa modificación del texto legal de ninguna manera puede ser efectuada mediante una resolución del Poder Ejecutivo local cuyo único fin es regular el modo en que puede hacerse efectivo el acceso a la interrupción del embarazo en los casos autorizados por la ley.

Advierto, por otra parte, que la calificación de “gravedad” para el peligro en la salud como causal de aborto permitido fue expresamente derogada por el Congreso de la Nación en el año 1984, cuando se reformó el Código Penal adoptándose la actual redacción del artículo 1986.

Finalmente señalo que la exigencia de gravedad se contrapone con la concepción actual del derecho a la salud, comprensiva del concepto de “salud integral”, al que me he referido ampliamente en los apartados precedentes.

La disposición en cuestión, resulta, por lo expresado, contraria a las normas superiores que regulan el derecho a la salud de la madre, como así también al

principio de división de poderes establecido en la Constitución Nacional. En consecuencia, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad formulado por los amparistas.

2.2. El inciso *a*) artículo 9 de la resolución 1252/2012 también es atacado por los accionantes, en cuanto impone la necesaria intervención del director del hospital, quien debe confirmar el diagnóstico de peligro para la vida o la salud de la madre, y la procedencia de la interrupción de la gestación.

Como bien lo señalan los accionantes, la innecesaria intervención de un profesional distinto del médico interviniente para la confirmación del diagnóstico y de la práctica reitera el problema planteado por la intervención del equipo interdisciplinario, al dificultar la adopción de decisiones rápidas, que no impliquen una obstaculización al acceso a la práctica del aborto.

Se contraviene así la obligación de evitar las barreras administrativas y / o burocráticas que obstaculicen el acceso a un aborto en condiciones de seguridad para los casos autorizados por el Código Penal.

Por tales consideraciones, el inciso *a*) del artículo 9 de la resolución 1252/2012 debe ser declarada inconstitucional.

3. El consentimiento de las mujeres menores de edad (artículos 5 y 9 inciso b).

El artículo 5 establece que:

“[...] En el caso de las personas menores de edad y las declaradas incapaces por sentencia judicial deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión, haciéndoles saber las consecuencias de la práctica y las alternativas existentes. En este proceso también participarán las personas que por ley ejerzan su representación legal”.

A su vez, el inciso *b*) del artículo 9 prescribe que:

“[...] Deberá requerirse el consentimiento informado de la mujer embarazada o de su representante legal, de acuerdo a la normativa vigente, explicándole en términos claros y de acuerdo a su capacidad de comprensión el diagnóstico y pronóstico del cuadro y la posibilidad de interrumpir el embarazo, las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

alternativas existentes y las razones por las que fueron desestimadas.

Deberá asentarse en la historia clínica la constancia de la mujer embarazada de haber comprendido dicha información, y adjuntarse el consentimiento a efectuar la interrupción del embarazo suscripto por la mujer y los profesionales responsables. 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”.

De los artículos transcritos, los amparistas cuestionan que se exija el consentimiento de los representantes legales de las menores que tengan más de 14 años, entendiendo que las normas vigentes en materia de derechos de los menores prohíben esa exigencia.

Fundamentan su pedido afirmando que en materia de competencia de niñas y adolescentes para consentir el procedimiento del aborto no punible, las nociones de capacidad del Código Civil deben leerse a la luz de los principios y derechos establecidos en tratados y convenciones que integran la Constitución Nacional, y que se plasman en leyes nacionales y locales. Arguyen también que la resolución cuestionada, además de inconstitucional por vulnerar el principio de autonomía progresiva de las niñas y adolescentes, resulta impugnable por violar el principio de progresividad y no regresividad en materia de protección de derechos sociales.

Para resolver el punto en cuestión resulta necesario analizar en forma integral todas las disposiciones normativas en vigencia que regulan tanto la capacidad y competencia de los menores, en lo relativo al ejercicio de sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene una norma marco para la interpretación de esta cuestión, al disponer, en su artículo 12.1. que *“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”*

De manera similar, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (norma que si bien no tiene jerarquía constitucional, sí posee rango supralegal), dispone en su artículo 7.3. que “[...] *Los Estados partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho*”⁵².

Concordantemente, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 39, “[...] *reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos*”.

La ley 26.061, que regula en el ámbito nacional la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, dispone que debe respetarse “*Su condición de sujeto de derecho*”, así como “*El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta*” (artículo 3, incisos a y b). A su vez, el artículo 24 prescribe que “[...] *Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo*”⁵³.

En el mismo sentido, la ley 26.529, que regula los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, dispone textualmente que “*los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*”.

La ley 114 de la CABA, también establece el derecho de los niños a

⁵² Aprobada por ley 26.378, vigente desde el 6 de junio de 2008.

⁵³ El Comité de los Derechos del Niño, en su 54° período de sesiones (25 de mayo a 11 de junio de 2010), al presentar las observaciones finales respecto del Estado argentino, manifestó que “celebra que en la Ley N° 26061 se haya incorporado el derecho del niño a ser escuchado y la obligación de las autoridades de garantizar ese derecho en todas las actuaciones que afecten a un niño. Sin embargo, el Comité expresa su preocupación por el hecho de que condicionar la audiencia a la propia petición del niño puede generar discriminación y contradicciones en la práctica. También expresa su preocupación por la falta de procedimientos formales para garantizar la participación de los niños en las cuestiones que los afectan y por la impresión que tienen los niños de que su voz no se escucha debidamente.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

ser oídos en el artículo 17 que ordena que *“Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos”*.

Sin perjuicio de la claridad de las normas citadas, en cuanto al derecho de los niños, niñas y adolescentes de ser oídos y de tomar de manera autónoma las decisiones que afecten a su vida y a su salud e integridad física y psíquica, señalo que esta cuestión ha sido recientemente abordada por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en un fallo cuya doctrina resulta de plena aplicación a la presente causa.

Se trata de una decisión tomada en el marco del cuestionamiento a la ley 418, que regula la salud reproductiva y la procreación responsable, y que dispone, en su artículo 15, *“que son destinatarias y destinatarios de la presente ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil”*, considerando así a los niños niñas y adolescentes que estén en edad fértil, capaces para el ejercicio de sus derechos, más allá de que hayan alcanzado la mayoría de edad o no. Al pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo antes citado, el TSJ sostuvo que la norma recepta debidamente la concepción actual del concepto de capacidad de los menores de edad que dimana de las normas internacionales que regulan la material.

Así, se sostuvo que *“[...] El concepto de capacidad que consagra el viejo artículo 921 del Código Civil ha sido superado por el que emana de la CDN pues, el alcance del concepto queda determinado en cuanto al ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes, por la evolución de las facultades de los mismos (arts. 5° y 14° entre otros). Es que la CDN ha venido a consolidar la consideración del niño como sujeto de derecho desplazando viejas concepciones que lo categorizaban como un objeto de derecho. De tal manera, el ejercicio de la patria potestad encuentra sus limitaciones en cualquier práctica por parte de los padres que vulnere los derechos que establece la CDN, toda vez que tiene en mira –en referencia a la educación del niño- que “deberá estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida*

responsable en una sociedad libre...” (art. 29º, inc. d)⁵⁴

También se distinguió en ese fallo entre capacidad de los menores de edad, en los términos del Código Civil, y competencia, al sostenerse que “[...] *La doctrina distingue entre “capacidad” y “competencia”. Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; [...] Competencia es un concepto perteneciente al área de ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar [Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en “La persona humana”, pag 249 y ss. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001]... debe admitirse que la ley civil de fondo constituye un ordenamiento legal de jerarquía inferior a la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional, por lo que evidentemente corresponde estar a lo dispuesto en el tratado internacional, que no fija una edad determinada para el ejercicio de los derechos que enuncia*”⁵⁵, y que “[...] *Del mismo modo, el concepto de capacidad que emana de la CDN es superador del que consagra el viejo art. 921 del Código Civil, redactado bajo el influjo de la noción moderna de ciudadanía que sólo reconocía como sujeto de derecho al hombre adulto, blanco, burgués y heterosexual. En la actualidad, el ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes está “directamente asociado al concepto de ‘capacidad progresiva’ que introduce la CDN (arts. 5 y 14 entre otros). Esto es, la capacidad entendida como un proceso a través del cual se transita de la niñez a la adultez*”⁵⁶.

En definitiva, tanto el artículo 5 de la resolución en cuestión, como el inciso b), primera parte del artículo 9, en cuanto impone la intervención de los representantes legales de las niñas y adolescentes mayores de 14 años, resultan contrarios a las normas reseñadas en el presente apartado, por los argumentos expuestos y doctrina jurisprudencial citada, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

⁵⁴ TSJ, 14/10/2003, “*Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” (del voto del Dr. Eduardo A. Russo).

⁵⁵ TSJ, fallo citado en nota precedente, voto de la Dra. Ana María Conde,

⁵⁶ Íd. nota 55, voto de la Dra. Alicia Ruiz.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

4. El consentimiento de las mujeres con discapacidad (artículos 5, y 11).

El artículo 5 transcrito en el apartado precedente también resulta aplicable a los supuestos de mujeres con discapacidad, imponiéndose la participación de las personas que por ley ejercen su representación legal.

A su turno, el artículo 11 prescribe que:

“[...] Para la atención de aborto no punible, contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, en los que el embarazo sea producto de un atentado al pudor de una víctima con discapacidad mental, deberá constar:

a) Consentimiento de el/los representantes legales, prestado ante el/los profesional/es médico/s que llevará/n a cabo la intervención.

b) Declaración jurada de el/los representantes legales, conforme el modelo aprobado en el anexo.

c) Declaración de insania, debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedido por la autoridad competente”.

Los amparistas cuestionan la constitucionalidad de las disposiciones transcritas con fundamento en la prescripción contenida en el artículo 12.1. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece que *“las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”* disponiendo asimismo que *“Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”* (artículo 12.2)⁵⁷.

Señalan que por otra parte el artículo 86 sólo exige el consentimiento del representante legal de la mujer con discapacidad en los supuestos del inciso 2 (violación), no así en los casos de riesgo para la vida o la salud de la madre. Pero,

⁵⁷ Aprobada por ley 26.378, y vigente en nuestro país desde el 1 de octubre de 2008.

indican, esa norma debe ser interpretada en la actualidad de conformidad con lo normado en la Convención antes citada -de jerarquía superior a las leyes-, lo que torna improcedente la sustitución total de la voluntad de las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial. Agregan que la prescindencia del consentimiento de la mujer discapacitada que recurre a la atención sanitaria constituye una discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención antes citada.

En el ámbito internacional, son dos los tratados que regulan los derechos de las personas con discapacidad: la **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**⁵⁸, y la ya referida **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. La primera define discapacidad como *“una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”* (artículo I.1.), y a su vez establece que *“El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”* (artículo I.2.a)

La segunda consagra el principio del *“[...] respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones , y la independencia de las personas[...]”* con discapacidad.

En la misma línea, la ley nacional de Salud Mental N° 26.657 reconoce que las personas con padecimiento mental tienen derecho a *“[...] poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades”* (artículo 7 inciso k); y a recibir, en materia de consentimiento informado, *“[...] la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”* (artículo 10).

En el ámbito local, la **Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** *“garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su*

⁵⁸ Aprobada por ley 25.280, y vigente en nuestro país desde el 14 de septiembre de 2001.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades” (artículo 42).

La normativa vigente es clara en cuanto a la capacidad de las mujeres con algún tipo de discapacidad mental para adoptar decisiones relativas a su salud, dentro de sus posibilidades. Lo contrario implica restringir de manera arbitraria, y sin tener en cuenta el grado de afectación o padecimiento mental padecido, un derecho fundamental de la mujer, cual es el de adoptar decisiones que conciernen a su propia vida y a su salud e integridad física y mental.

En definitiva, las normas legales y supralegales antes referidas, establecen la obligación de los órganos estadales de respetar la voluntad de la mujer discapacitada con relación a temas que afecten sus propios intereses y derechos, y, en todo caso, de acompañar esa decisión brindándole los mecanismos de apoyo que le permitan ejercer ese derecho en condiciones acordes con sus propias capacidades.

Cabe recordar que “[...] *La opinión y la voluntad de la mujer respecto a la continuación del embarazo es fundamental pues, aunque los diagnósticos médicos sean los que den los elementos técnicos para saber si el embarazo es incompatible de alguna forma con la salud de la mujer embarazada, la determinación de la gravedad del daño que la continuación del mismo pueda causar tiene un componente subjetivo que no puede ser ignorado y que representa el nivel de riesgo que la mujer está dispuesta a soportar en su salud. Además, como en cualquier otro evento en que el Estado interviene en una decisión personal, dicha intervención debe ser legal y estar reglamentada de forma que, con las garantías previstas en la ley, la persona afectada tenga la oportunidad de ser escuchada. La falta de dichas garantías representa una violación al derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en las decisiones que, en general, atañen a la intimidad y la autonomía del ser humano*”.⁵⁹

En definitiva, la resolución cuya constitucionalidad ha sido

⁵⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 50° período de sesiones, Comunicación N° 22/2009, Dictamen de fecha 17 de octubre de 2011.

cuestionada violenta las normas internacionales y nacionales referidas, así como también la Constitución y disposiciones locales, al imponer una limitación absoluta a la voluntad las mujeres con discapacidad, en lugar de tener en cuenta la capacidad. En consecuencia, corresponde declarar su inconstitucionalidad, haciendo lugar al planteo de los accionantes.

5. El límite de 12 semanas de gestación para la práctica del aborto no punible (artículo 17).

El artículo 17 impone un límite fijo y preestablecido al tiempo estacional en que puede realizarse el aborto, disponiendo que:

“... En los casos de aborto no punible contemplados en los artículos 10° y 11° de la presente Resolución, la práctica deberá realizarse dentro del límite gestacional de doce (12) semanas, con el correlato ecográfico correspondiente”.

Los actores de ambos procesos cuestionan esta norma porque, según afirman, impone un límite arbitrario al período gestacional durante el cual puede realizarse la práctica de aborto autorizada por ley. Estiman que la interpretación de las normas penales en cuestión a la luz del principio *pro homine* –de acuerdo a lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- prohíbe introducir restricciones no previstas en la ley, en lo relativo al derecho a acceder al aborto no punible

Como ya se viera al analizar el artículo 86 del Código Penal en el apartado **III.1.2.** precedente, nuestro sistema penal ha adoptado en materia de excepciones a la punibilidad del aborto, un sistema de indicaciones o causales, en lugar del modelo de plazos que rige en otros sistemas jurídicos.

Adelanto que asiste razón a los amparistas cuando afirman que de acuerdo al modelo de indicaciones seguido por la ley nacional, la interrupción del embarazo es procedente en cualquier momento de la gestación, siempre que la práctica médica no implique un peligro para la salud de lo avanzado de la gestión, y que sea anterior a la viabilidad extrauterina (ya que en caso contrario no puede hablarse de aborto).

Así, teniendo presente que que el objetivo de la norma es proteger la salud y la integridad física y psíquica de la madre, el límite temporal sólo puede basarse



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

en consideraciones médicas y nunca en disposiciones reglamentarias que modifiquen arbitrariamente el alcance del texto legal. Si la preservación de la salud de la madre tornan aconsejable desde el punto de vista médico la práctica del aborto, la autorización del artículo 86 es plenamente aplicable, sin importar la edad gestacional.

En definitiva, el artículo 17 de la resolución 1252/2012 es inconstitucional, en tanto introduce una modificación a la ley penal ajena a la competencia del Poder Ejecutivo local, y consagra una restricción del derecho a acceder a la práctica del aborto no punible contraria a los principios constitucionales que rigen la interpretación de los derechos.

6. La regulación de la objeción de conciencia de los profesionales intervinientes (artículos 19, 20 y 21).

El ejercicio de la objeción de conciencia respecto de la práctica del aborto por parte de los profesionales de la salud está reglamentado en los artículos 19, 20 y 21 de la resolución, los que prevén lo siguiente:

“Artículo 19: Los profesionales de la salud tienen 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. Para ello, para cada uno de los casos en que deba llevar adelante la intervención para la interrupción del embarazo, podrá presentar una declaración donde manifieste que ejercerá la objeción. Sin perjuicio de ello, la Autoridad de Aplicación debe garantizar que pueda llevarse adelante la práctica médica.

Artículo 20: A fin de hacer efectivo el ejercicio del derecho, se garantizará la confidencialidad de la identificación de los médicos objetores de conciencia y su estabilidad laboral.

Artículo 21: La Subsecretaría de Atención Integrada de Salud evaluará si la cantidad de objetores de conciencia pudiere dificultar o imposibilitar la efectiva realización de los abortos no punibles previstos en la presente. En dicho caso

propondrá las medidas a arbitrar a fin de continuar con el desenvolvimiento de las prácticas de abortos no punibles”.

Estas disposiciones son cuestionadas por los amparistas por ser manifiestamente contrarias a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto.

Arguyen además que, tal como está regulado en la resolución cuestionada, el ejercicio de la objeción de conciencia funciona en la práctica como una barrera más para el acceso al aborto no punible. Ello por cuanto no se establece un mecanismo efectivo para que las mujeres que requieren la práctica del aborto puedan conocer el carácter de objetor del profesional consultado de suerte que pueda ser ejercida, y así evitar las pérdidas de tiempo que implica la necesidad de acudir a otro profesional, cuyo eventual carácter de objetor resulta de antemano desconocido.

Previo a pronunciarme sobre la cuestión *sub examine*, considero necesario efectuar una breve referencia a los alcances del derecho a la objeción de conciencia en nuestro sistema jurídico, instituto que se encuentra consagrado de manera expresa en la Constitución de la CABA (artículo 12).

Se trata de una garantía derivada de la libertad de conciencia, que también se encuentra plasmada en la **Declaración Universal de los Derechos del Hombre** y en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Esta última dispone en el artículo 12, que “[...]1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.*

Como surge claramente del texto convencional, el ejercicio de este derecho tiene límites claros, constituidos por la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Así lo puso de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que *“La libertad de conciencia incluye la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

posibilidad de ejercer la llamada ‘objeción de conciencia’ que halla sustento en los artículos 14 y 33 de la CN, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros y otros aspectos del bien común”⁶⁰ y que “Jurídicamente, la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma, finalidades éstas que obviamente inspiraron las disposiciones constitucionales supra citada”⁶¹.

Ahora bien, en el fallo “F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva” varias veces referido en este pronunciamiento, el Alto Tribunal estableció los lineamientos de esos límites, al resolver en punto al tema que nos ocupa que “[...] deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.”⁶²

La resolución impugnada una vez más echa por tierra las pautas de interpretación de los textos internacionales, constitucionales y legales efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, imponiendo una regulación exactamente opuesta a la ordenada por el más alto Tribunal de nuestro país.

La posibilidad de que cada médico que integra el sistema de salud

⁶⁰ CSJN, 5/2/1998, “Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ Información sumaria – *sumarísimo*”; Fallos 321:92

⁶¹ CSJN, Fallos 304:1524.

⁶² CSJN, fallo citado en nota 1, considerando 29.

formule su objeción de conciencia frente a cada caso particular, a más de contradecir injustificadamente la decisión de la Corte Suprema, impone un mecanismo irrazonable. Es que si un profesional por razones de conciencia o de religión se opone a la práctica del aborto aún en los casos legalmente autorizados, esa oposición existe para todos los casos, sin importar la identidad de la mujer que solicita la práctica, o las circunstancias particulares en que lo hace. Admitir la objeción de conciencia de un mismo profesional, en algunos casos sí y en otros no, es abrir una 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. Generaría además una demora irrazonable para el acceso a la interrupción autorizada del embarazo.

En definitiva, el procedimiento previsto en la resolución en cuestión para el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales médicos constituye una barrera más para el acceso a la práctica del aborto no punible en forma segura, impone una restricción irrazonable y contraviene la doctrina sentada por la Corte Suprema. Por tales razones, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 19, 20 y 21 de la Resolución 1252/2012.

7. Conclusiones sobre la inconstitucionalidad de la resolución atacada

La Corte Suprema de Justicia exhortó a las autoridades públicas nacionales y locales a “*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 al acceso a los servicios médicos*”⁶³.

Sin embargo, la resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA, sancionada poco después de emitido el fallo de la Corte, y cuyo objetivo manifiesto es “*atender prudencialmente a su contenido y a la exhortación que en el se incorpora, por el principio de autoridad que inviste el Máximo Tribunal*”, en lugar de eliminar barreras administrativas y fácticas, establece requisitos que constituyen insalvables impedimentos al acceso al aborto no punible.

La contradicción con diversas normas de jerarquía constitucional, supralegal y legal, evidenciada en los mecanismos previstos en la resolución, también se

⁶³ Fallo citado en nota 1.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

manifiesta en forma clara y contundente. Así, y más allá de los artículos puntualmente impugnados, y cuya inconstitucionalidad ya ha sido tratada en cada caso en particular, la resolución en forma íntegra aparece como contraria al orden constitucional cuya vigencia me corresponde asegurar.

Por tal razón, de conformidad con lo solicitado por los accionantes en los autos “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”, y en ejercicio de las facultades que me acuerda el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habré de declarar la inconstitucionalidad de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA en forma íntegra.

Esa atribución de declarar la inconstitucionalidad de la norma que no se ajusta a lo prescripto en normas superiores constituye un deber de los magistrados, quienes, además, tienen a su cargo el control de convencionalidad de las disposiciones del derecho interno, y la consecuente obligación de declarar su invalidez en caso de que se transgredan derechos consagrados en tratados internacionales.

Así lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que “[...] Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.[...], lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, [...] Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en

un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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. 69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana [...]. 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” (el subrayado me pertenece) ⁶⁴.

“La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados

⁶⁴ CorteIDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 20/3/2013.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

deben acatar el tratado internacional de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida⁶⁵.

Es que “*Los Estados partes en la Convención Americana no pueden dictar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza que violen los derechos y libertades en ella reconocidos porque ello contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención*”⁶⁶. Cuando lo hacen, contrariando el principio de supremacía de las normas, corresponde a los jueces invalidar esas medidas legislativas contrarias a los tratados.

Las obligaciones asumidas por el Estado argentino al aprobar tratados internacionales -que además tienen jerarquía constitucional o supralegal- implica el deber activo de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶⁷.

Finalmente cabe señalar que, además de las transgresiones al ordenamiento jurídico internacional y constitucional ya señaladas, así como a las leyes nacionales y locales que fueron enunciadas en cada caso concreto, la resolución atacada violenta los principios contenidos en la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, que “*garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos*

⁶⁵ CorteIDH, caso citado en nota 64, parágrafo 59

⁶⁶ Corte IDH, Caso *Suárez Rosero*, Sentencia del 12/11/77, párrafo 97; entre muchos otros precedentes.

⁶⁷ CSJN, 7/4/1995, *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*.

de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) La salud, la educación y la seguridad personal; c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) Que se respete su dignidad; e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; [...] j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

VI. El planteo de inconstitucionalidad del decreto 504/2012

Sin perjuicio de los planteos de inconstitucionalidad de la resolución 1252/2012, los accionantes en autos “*Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)*”, oportunamente ampliaron el objeto de la demanda y plantean la impugnación del decreto 504/2012 mediante el cual el Jefe de Gobierno de la CABA vetó en su totalidad la ley 4318, que había instituido un protocolo de actuación para los casos de aborto no punible en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

1.1. Manifiestan los actores que no existen normas que estén al margen del control de constitucionalidad, y que es éste control el que obliga a los demás poderes a que, aún en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y o la proporcionalidad de las normas que dictan. Critican la categoría de cuestiones políticas no justiciables, invocando, entre otras razones, que viola el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, así como los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Afirman que el veto es una forma de control que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los actos emanados del Legislativo por razones políticas –de oportunidad o conveniencia- o jurídicas –de constitucionalidad-, y que, en el marco de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

un Estado constitucional de derecho resulta susceptible de ser sometido al control de constitucionalidad.

Fundan esa afirmación en la necesidad de que los decretos de veto tengan fundamentos “*constitucionalmente políticos o razonablemente y proporcionalmente jurídicos*”, no pudiendo basarse en un mero voluntarismo unilateral o de coyuntura que responda a las necesidades políticas de turno, y menos aún en pautas morales o convicciones personales de la persona que detenta en un momento específico la facultad del veto.

Agregan que si las leyes son pasibles de ser sometidas al control de constitucionalidad, el veto, que no emerge de ningún proceso de debate racional, no puede quedar al margen de dicho control.

Continúan diciendo que la opción del control de constitucionalidad del veto garantiza con mayor fortaleza el sistema de derechos fundamentales, a la vez que permite que un auditorio social observe cómo dos poderes -el ejecutivo y el judicial- debaten sobre la adecuación constitucional de los argumentos vertidos por el legislativo al momento de sancionar la ley.

Con respecto al mecanismo de insistencia previsto en el artículo 87 de la Constitución de la Ciudad, sostienen que la facultad que tiene la Legislatura de insistir con la mayoría agravada se ubica en la esfera de lo político, mientras que el control de constitucionalidad del veto se encuadra en el campo jurisdiccional. Así, cuando la Legislatura no puede congregarse la mayoría especial requerida, el control de constitucionalidad opera como garante de la fuerza normativa constitucional.

En cuanto a la alegada invalidez del decreto 504/2012, los amparistas explican que no se encuentra debidamente fundado -tal como lo exige el artículo 87 de la Constitución-, por cuanto el Jefe de Gobierno sólo expresó fundamentos respecto del veto de cuatro artículos de la ley en cuestión (los artículos 5, 8, 11 y 17) y no de la ley en su totalidad, a pesar de que el veto la comprende en forma íntegra.

Cuestionan también esos fundamentos por carecer de

proporcionalidad y racionalidad. Así, critican puntualmente las argumentaciones invocadas para justificar el veto de los artículos 5, 8, 11 y 17 antes referidos, alegando su irrazonabilidad de los fundamentos por ser contrarios a disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y diversas normas internacionales, así como pronunciamientos de organismos del mismo carácter.

1.2. Al contestar demanda el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires destaca, con respecto al planteo de la inconstitucionalidad *sub examine*, la innecesariedad de que el fundamento del veto total de una ley se pondere cada uno de los artículos de una ley. Invoca los artículos 87 y 88 de la Constitución de la CABA y reivindica la facultad de vetar las leyes como un elemento importante en el sistema de división de poderes y connatural al sistema de frenos y contrapesos. Concluye afirmando que la atribución del veto al Poder Ejecutivo constituye una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, insusceptible de control judicial.

A continuación hace referencia al fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmando que el planteo de los actores de autos desnaturaliza la doctrina contenida en el precedente del Alto Tribunal. Arguye que la decisión de la Corte Suprema es una mera recomendación que “[...] *las jurisdicciones territoriales de ninguna forma están obligadas a seguir*”.

Continúa afirmando que la pretensión actora se aparta de las pautas fijadas por la Corte Suprema en el fallo antes referido en varios aspectos. Por un lado en cuanto habilita a las menores desde los 14 años a disponer la realización del aborto sin intervención de sus representantes legales, y también en lo relativo a la regulación de la objeción de conciencia.

A continuación expresa que la reglamentación fijada por la resolución 1252/2012 es más respetuosa de los derechos del ser humano no nacido que la ley 4318, y se extiende sobre los alcances del fallo “F.A.L.”, que, por otro lado, entiende limitados al caso concreto considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación..

Argumenta *in extenso* respecto de la cuestión de la objeción de conciencia de los médicos frente a la práctica del aborto, afirmando que la ley vetada incurre en una inaceptable violación de ese derecho, invocando disposiciones legislativas nacionales y locales



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Concluye afirmando que las pretensiones de los amparistas implican el reclamo de un improcedente ejercicio de funciones legislativas por parte de los órganos jurisdiccionales.

2. El decreto de veto cuestionado en autos.

Con fecha 22 de octubre de 2012 el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó el Decreto N° 504/2012, mediante el cual dispuso vetar en su totalidad la Ley N° 4.318, sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 27 de septiembre de 2012.

Al adoptar la medida referida, el Jefe de Gobierno invoca la facultad que le otorga el artículo 87 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, afirmando que la misma “[...] comprende la evaluación de los aspectos formales y materiales de la Ley, así como la oportunidad, mérito y conveniencia de las políticas proyectadas en la norma en análisis, siendo éste un verdadero control de legalidad y razonabilidad”.

3. La facultad de veto contenida en el art. 87 de la Constitución de la CABA.

La norma referida en el título consagra la facultad del Poder Ejecutivo, de vetar totalmente un proyecto de ley sancionado por la Legislatura, expresando los fundamentos de dicho acto. Dispone también el procedimiento a seguir luego de decretado el veto, y establece las mayorías necesarias para la insistencia por parte de la Legislatura.

La disposición *sub examine* dispone textualmente que “[...] El Poder Ejecutivo puede vetar totalmente un proyecto de ley sancionado por la Legislatura expresando los fundamentos. Cuando esto ocurre el proyecto vuelve a la Legislatura, que puede insistir con mayoría de dos tercios de sus miembros, en cuyo caso el texto es ley. Si no se logra la mayoría requerida, el proyecto no puede volver a considerarse en

ese año legislativo”.

A su vez, el artículo 88 de la Carga Magna local regula el instituto de veto parcial de las leyes, cuestión ajena al debate de autos, por lo que no me detendré en ese punto.

3.1. También la Constitución Nacional, desde su primera formulación en el año 1853 contiene disposiciones que regulan la facultad presidencial de vetar o “desechar” proyectos del Poder Legislativo, y que establecen el modo y las consecuencias del ejercicio de dicho acto, así como el procedimiento a seguir.

La doctrina constitucionalista, y también la administrativista, se han ocupado largamente de la naturaleza de la facultad de veto por parte del Poder Ejecutivo, asignándole el carácter de función co-legislativa o legisferantes, según los distintos autores.

Y si bien no resulta necesario a los efectos de la solución de la cuestión planteada en autos realizar un análisis pormenorizado de las distintas caracterizaciones que se han efectuado respecto de la facultad de veto, sí considero que una breve alusión al origen del instituto facilitará la comprensión de sus alcances en el caso concreto sometido a conocimiento del suscripto.

Al respecto se ha sostenido, en un análisis histórico acerca del origen de la facultad presidencial de vetar leyes, que: *“Cuando en 1853 se consagró constitucionalmente el poder presidencial de vetar leyes ... el convencional Juan María Gutiérrez agregó: ‘Siendo independientes los poderes y marcados sus límites, cuando llegan los conflictos deben presentarse ambos fuertes, ambos responsables’. Con la expresión ‘fuertes’ fundó la necesidad de dotar al Presidente del poder de veto, y la de que el Congreso, frente a dicha facultad, tuviera la fortaleza suficiente como para contrarrestarla (dos tercios de los votos de cada Cámara). Con la expresión ‘responsable’ puso un adjetivo calificativo a dicha facultad presidencial para que, precisamente, el rechazo de las leyes responda a circunstancias muy específicas y meditadas, y no a una política permanente de obstruir la labor parlamentaria. Sería conveniente, entonces, que los instrumentos constitucionales que implican un avance de un órgano de gobierno respecto de otro (que preferiblemente no deberían existir), por lo menos sean ejercidos respondiendo a la intención que los constituyentes tuvieron al*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

momento de consagrarlos: ser puestos en práctica con máxima prudencia y responsabilidad republicana, del mismo modo que debería ocurrir con los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa⁶⁸ (el subrayado me pertenece).

Es de destacar que incluso autores como el referido, cuya adhesión a modelos democráticos y participativos es bastante dudosa –razón que habitualmente me motiva a evitar sus citas–, resaltan la necesidad de que la atribución del veto sea ejercida con máxima prudencia.

El carácter excepcional de la facultad de veto, y la necesidad de que sea ejercitado con responsabilidad republicana quedan claramente expuestos y justificados en la cita contenida en el párrafo precedente.

3.2. Volviendo al texto del artículo 87 de la Constitución de la CABA, cabe destacar que la norma que regula la facultad de veto en la ley suprema local difiere de la contenida en los artículos 78 y subsiguientes de la Constitución de la Nación, agregándole un requisito que esta última no tiene: la exigencia de la expresión de los fundamentos del veto.

Así se configura un instituto que, además de excepcional, debe ser ejercido con la prudencia que requiere el sistema republicano de división de poderes, y consignando expresamente los fundamentos del acto. Esos fundamentos, por imperio legal y constitucional deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como se verá luego.

Es que la facultad de veto por parte del órgano ejecutivo implica una intromisión, si bien constitucionalmente aceptada, en una competencia propia del órgano legislativo, máxime cuando se le pide a este último una mayoría especialmente agravada para insistir con la sanción de la ley rechazada por el ejecutivo⁶⁹.

Las consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes permiten

⁶⁸ Lonigro, Félix V, “*Derecho Constitucional*”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2011, pág. 645/646.

⁶⁹ Lonigro, Félix, op. cit., pág. 654.

afirmar sin más, que los actos dictados por el Jefe de Gobierno de la CABA en ejercicio de la facultad de veto que le asigna el artículo 87 de la Constitución local son susceptible de control judicial.

En efecto, y como ya se señalara, se trata de un acto excepcional, que requiere expresión de sus fundamentos.

Y exigir a un órgano de gobierno que exprese los fundamentos del dictado de un acto para luego impedir que otro órgano pueda revisar la razonabilidad de esos fundamentos, implicaría esterilizar la exigencia de fundamentación. En ausencia de control judicial, el órgano ejecutivo que dicta el acto de veto podría expresar un fundamento aparente, o que exceda los parámetros de razonabilidad o proporcionalidad que deben cumplir los actos de gobierno, y, a pesar de eso, el acto en cuestión resultaría válido.

En definitiva, la exigencia de conformidad a la regla de fundamentación del veto no se limita a lo formal (expresión del fundamento), sino que también comprende el aspecto sustancial (la razonabilidad del fundamento). Y en caso de omisión formal o sustancial de la debida fundamentación, el órgano jurisdiccional tiene el deber de pronunciarse sobre la posible transgresión de la norma constitucional. Caso contrario estaremos frente a una reedición de *“l'état c'est moi”*.

3.3. Sin perjuicio lo hasta aquí expuesto, considero prudente analizar con mayor detenimiento la cuestión de la justiciabilidad del ejercicio del derecho de veto.

Ello por cuanto la afirmación de la demandada, relativa a que el veto *“constituye una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, insusceptible de control judicial”*, introduce una cuestión cuyo tratamiento no puedo obviar, como es la existencia de un ámbito de actuación discrecional por los poderes públicos que se encontraría fuera de todo control jurisdiccional. Se trata de una cuestión central para la solución del tema *sub examine*, cuyo tratamiento no puede ser soslayado por el suscripto.

En otras palabras, se ha traído a discusión en autos el viejo problema relativo al grado de control que deben ejercer los jueces sobre las llamadas *“cuestiones políticas”* relativas a actos provenientes de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esta



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

cuestión fue tradicionalmente tratada por la doctrina y la jurisprudencia a través de diversas categorías, tales como “actos de gobierno”, “actos discrecionales” exentos del control jurisdiccional, “cuestiones políticas no justiciables”, etc.

Al respecto -y sin perjuicio de lo ya señalado en cuanto a que la exigencia de fundamentación contenida en el artículo 87 de la Constitución local requiere, a su vez, la posibilidad de control sobre la razonabilidad de esa fundamentación-, debo señalar que los argumentos de la demandada respecto de la imposibilidad de revisar judicialmente la decisión de vetar una ley por parte del Jefe de Gobierno no pueden ser aceptados.

Es que, como lo señala Néstor Sagüés, al referirse a las facultades legisferantes de los poderes legislativo y ejecutivo en el procedimiento de la sanción de las leyes, la atribución de categoría de cuestión política no justiciable a las normas legisferantes, “[...] ha sufrido importantes modificaciones. Algunas veces ha sido la propia Constitución la que ha tomado cartas en el asunto y formulado algunas respuestas tendientes a combatir el ocio legislativo. En otros fue el Poder Judicial quien dio respuestas pretorianas innovadoras, tendientes también a atacar el silencio legislativo al que aludimos. Por uno u otro conducto se han habilitado reclamos judiciales mediante acciones específicas de inconstitucionalidad por omisión, o a través de procesos ordinarios o de juicios de amparo”⁷⁰.

Enfatizando aún más el criterio antes expuesto, se ha señalado que “[...] La consagración de facultades propias del Poder Ejecutivo o Legislativo no implica poderes absolutos, ‘como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo’. Al contrario, esta posibilidad de control sobre el accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella. En este sentido, el ejercicio de los derechos genéricos de la

⁷⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos”, en obra colectiva “Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV”, Julio Maier (Director), Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág 117.

ciudadanía, dentro de los cuales se encuentra el control de los gobernantes y de sus actos y, en general, la verificación sobre las distintas instancias del poder nacional, se estima como un requisito esencial para la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales”⁷¹.

Aún la doctrina más conservadora llega a la misma conclusión con relación con la posibilidad de revisar los actos dictados por los poderes ejecutivos en ejercicio de las facultades que les acuerdan las respectivas constituciones. Así, por ejemplo, incluso un autor al que no suelo citar, en razón de las diferencias conceptuales y filosóficas que nos separan, coincide en que debe superarse la categoría de actos políticos o de gobierno, y propone en cambio la utilización del concepto de acto constitucional, afirmando respecto de estos, que “[...] en el esquema de nuestra Ley Fundamental, la regla general es que, en principio, todos los actos emanados de los poderes Ejecutivo y Legislativo son justiciables”⁷². El mismo autor limita la categoría de los que llama “*actos constitucionales no justiciables*” a supuestos taxativamente limitados: a) cuando se trata de actos privativos del Poder Legislativo o del Ejecutivo que surgen de preceptos constitucionales expresos (la declaración de estado de sitio y la intervención federal a las provincias), b) cuando se está ante potestades privativas que se ejercen en el marco de las relaciones intrapoderes que vinculan a los órganos superiores del Estado o en el plano internacional (declaración de guerra). Pero aún en estos casos, sostiene, los actos respectivos pueden ser objetados en su constitucionalidad por particulares que invoquen una afectación directa, para obtener así un pronunciamiento jurisdiccional sobre el caso concreto.

Destaco entonces, que aún si se admitiese que la facultad de veto constituye un acto discrecional -tal como lo sostiene el Gobierno demandado-, esa categoría de actos no se encuentra exenta de control judicial. Es que “[...] la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de toda juridicidad pues, en rigor sólo confiere un mayor margen de arbitrio en la elección de una posibilidad de actuación que no aparece positivamente predeterminada por el

⁷¹ Sagüés, María Sofía, “*Las Garantías del Control de la Inconstitucionalidad por Omisión*”, en obra colectiva “*Garantías y Procesos Constitucionales*”, Néstor Pedro Sagües (Dir), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2003, pág. 392.

⁷² Cassagne, Juan Carlos, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, 10ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, págs. 596 a 599



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

legislador [...] Y en un verdadero estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del Poder Judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos”⁷³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también admitió la posibilidad de controlar el modo en que la administración ejerce las llamadas facultades discrecionales, al sostener que *“[...] la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”⁷⁴.*

En definitiva, absolutamente todas las decisiones del Poder Ejecutivo son judicialmente revisables. Aún las que puedan aparecer como más políticas y aquellas que por su naturaleza requieren de un especial tratamiento y reserva, pueden ser objeto del tamiz judicial de constitucionalidad. Por cierto, el Poder Judicial debe adecuar la metodología aplicada para la revisión al tipo de situación que se debe resolver, pero ello en nada obsta a la existencia de la facultad de control de los jueces.

En consecuencia, el acto atacado de inconstitucional por los accionantes –el decreto 504/2012 que vetó el proyecto de ley N° 4318- puede y debe ser revisado por el suscripto, en punto a su concordancia con las prescripciones de las Constitución local, de la Constitución de la Nación, y de las demás normas de rango legal y suprallegal vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Es que corresponde a los jueces actuar como custodios de la

⁷³ Cassagne, op. cit., págs. 650 y 651.

⁷⁴ CSJN, “D’Argenio, Inés D. c/ Tribunal de Cuentas de la Nación”, Fallos 308:727; en el mismo sentido, Fallos 308:987

Constitución y controlar las inconstitucionalidades (aun las omisivas) del Presidente y del Congreso, “[...] *Y ello no importa exclusivamente un derecho para los magistrados, sino un deber institucional: en otras palabras, no es una tarea que discrecionalmente puedan o no realizar, sino una función que les compete*”⁷⁵

Ese control de constitucionalidad debe incluir la verificación de la razonabilidad del acto en cuestión, es decir, su adecuación a la regla contenida en los artículos 28, 33 y concordantes de la Constitución Nacional. Es que, como se ha sostenido sobre este punto, “[...] *En rigor de verdad, cualquier cuestión política tiene una dimensión normativo-constitucional (p.ej. órgano que puede dictarla; procedimiento para su sanción), de tal modo que es constitucional o inconstitucional, según se respete o no dicho orden. Ello es, por cierto justiciable. También es justiciable la cuestión relativa a si lo decidido respeta el mínimo de justicia y razonabilidad que la Constitución exige para que sea constitucional*”⁷⁶.

A tratar esta cuestión destinaré el apartado siguiente.

4. El control de razonabilidad.

La exigencia de razonabilidad de las leyes y de los actos emanados de los poderes públicos se relaciona con la necesaria compatibilidad entre las normas que ocupan el más alto rango en el ordenamiento jurídico (Constitución y tratados de rango constitucional) y las normas inferiores (tratados sin jerarquía constitucional, leyes, decretos, sentencias o actos), a efectos de verificar que estas últimas no violenten el sentido de justicia establecido en las normas superiores. El control del respeto al principio de razonabilidad está atribuido a los jueces, según lo prescripto por el art. 116 de la Constitución Nacional⁷⁷.

Así, la práctica del control de constitucionalidad supone verificar la razonabilidad de las normas sometidas a escrutinio.

Sobre el punto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

⁷⁵ Sagües, Néstor Pedro, “*Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*”, en “*Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV*”, Director Julio Maier, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 155.

⁷⁶ Sagües, Néstor Pedro, *Manuel de Derecho Constitucional*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 150

⁷⁷ Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Angel y Cenicacelaya, Maria de las Nieves, “*Derecho Constitucional Argentino*”, 2ª ed. actualizada por Quiroga Lavié, Humberto, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pág. 807 y ss.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

en pacífica y reiterada jurisprudencia que ha sido receptada también por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, que es una tarea de los magistrados efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva, y que se debe ponderar el grado de adecuación entre esos medios y la finalidad perseguida.

Resulta clarificador de la cuestión en análisis el voto del miembro del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, Dr. Julio B. Maier, en un caso en el que se declaró la inconstitucionalidad de una ley local que establecía una nueva regulación para la instalación de redes de televisión por cable. Allí se sostuvo que “[...] *El control de razonabilidad se explica, especialmente a partir de la jurisprudencia de la CSJN, como un examen asentado en la ponderación de la adecuación entre los fines perseguidos por la norma y los medios utilizados para la consecución de tales objetivos. Sin embargo, aquello que antecede sólo remite a la dimensión instrumental de la razonabilidad, orientada a determinar la proporcionalidad existente entre el objetivo constitucional de la ley y las restricciones impuestas a los derechos, de tal modo que los medios no resulten arbitrarios, desproporcionados o antojadizos. En este sentido, como lo tiene dicho la Corte, las restricciones a los derechos serán razonables, cuando estén justificadas por los hechos que les dan origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y se reconozcan como oportunas y adecuadas a los fines que se procura alcanzar con ellas. Con otras palabras, diremos que ‘hay razonabilidad’ toda vez que se verifique una relación inteligible y estrecha entre los fines a cumplir y los medios escogidos para ello, y cuando esta relación resulte directa, real, sustancial (Fallos: 243-473; 300-642; 319-2151 y 2215) [...] Con respecto a la adecuación de los medios al fin considerado constitucionalmente permitido, he dicho en otras ocasiones que: ‘se trata de un examen de tipo instrumental, de racionalidad medios/fin, y que —dada la aplicación al caso de un tipo de escrutinio simple—, para que la norma reglamentaria supere el examen de constitucionalidad, basta que la solución propuesta por el legislador no sea*

considerada irracional. La existencia de otros medios plausibles o deseables no empece a la validez constitucional de la norma impugnada.’ (mi voto, en Expte. n° 2671/2003, “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia 20/10/2004). No es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poderes. Sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva”⁷⁸.

En la misma línea del fallo antes citado, pero ampliando aún más el concepto del control de razonabilidad, al considerarlo comprensivo de la ponderación de la legitimidad del acto, se ha sostenido que “[...] Aunque todos los actos legislativos sean discrecionales, las opciones que el legislador puede adoptar son limitadas por la Constitución, que establece un marco dentro del cual la actividad puede desarrollarse en forma válida. Los actos legislativos, por lo tanto, pueden ser evaluados según un criterio doble. Por un lado, tenemos el control de vinculación a los límites impuestos por la Constitución; por otro, tenemos un control de razonabilidad, en el cual se evalúa la legitimidad de las opciones valorativas efectuadas por el legislador [...] En el control de legitimidad, por lo tanto, se indagará principalmente sobre adecuación de la legislación a los principios y valores constitucionales [...] actualmente, varios son los instrumentos que permiten al Poder Judicial proceder a la invalidación de normas por considerar que sus autores no efectuaron una ponderación adecuada de los principios, valores y bienes jurídicos relacionados a la cuestión [...] El control de razonabilidad, entendido como el control de la legitimidad de las opciones valorativas discrecionales de los agentes estatales, es lo que podríamos llamar control en sentido estricto. Pero al lado de ese control, podemos identificar una exigencia genérica de que todos los actos estatales sean justos, lo que implica que sean razonables y proporcionales. Contribuye para eso el hecho de que el término razonabilidad tiene significados variados. La razonabilidad da desde luego una idea de adecuación, idoneidad, aceptabilidad, logicidad, equidad, traduce todo aquello que no es absurdo, como, por ejemplo, buen criterio, prudencia y moderación” (el subrayado me pertenece)⁷⁹. “Si la razonabilidad

⁷⁸ TSJ, 11/12/2007, “Gigacable S.A. c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - Expte. n° 4627/06”.

⁷⁹ Sola, Juan Vicente “Control Judicial de Constitucionalidad”, 2ª ed. actualizada, Lexis Nexis Abeledo



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el sentido constitucional, esto significa que tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y además, que las leyes deben ajustarse al sentido constitucional formado por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por los fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales y por los medios previstos (razonabilidad externa del acto)”⁸⁰.

En definitiva, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia y doctrina antes citada, cabe concluir que a efectos de verificar la razonabilidad y conformidad a las normas constitucionales del decreto del Jefe de Gobierno cuestionado en autos, el suscripto deberá ponderar, fundamentalmente:

- a) la existencia de proporcionalidad entre los fines perseguidos por la norma y los medios utilizados para la consecución de esos fines;
- b) la adecuación de la norma cuestionada a los principios y valores constitucionales.

5. El decreto 504/2012. Análisis de su razonabilidad y de su conformidad con las normas superiores.

El decreto 504/2012 dictado por el Jefe de Gobierno el 22 de octubre de 2012, se dispuso vetar en su totalidad el proyecto de ley N° 4.318, sancionado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su sesión del día 27 de septiembre de 2012.

Más allá de que el decreto referido sólo ha sido cuestionado en sus aspectos sustanciales, cabe referir que en lo formal la norma se adecua a las previsiones contenidas en los artículos 86 y 87 de la Constitución de la CABA, en cuanto a la competencia del órgano que lo emitió, a los plazos, y a la expresión de fundamentos.

Perrot, Buenos Aires 2006, págs. 599 y ss.

⁸⁰ Quiroga Lavié, Benedetti, y Cenicacelaya, op. cit., págs. 809/810.

Corresponde, sin embargo, y de conformidad con lo señalado en los acápites precedentes, realizar el análisis de la razonabilidad del acto en cuestión, y de su congruencia con las normas superiores.

5.1. Para ponderar lo relativo a la razonabilidad del decreto cuestionado y a su adecuación entre los fines perseguidos con su dictado y los medios utilizados por el Poder Ejecutivo local para la consecución de esos objetivos, habré de detenerme en dos aspectos fundamentales. El primero se referirá al modo en que ha sido ejercitada la facultad de veto regulada en el artículo 87 de la norma suprema local. En tanto que el segundo evaluará los motivos invocados por el Jefe de Gobierno para el dictado del decreto -que se encuentran explicitados en los fundamentos-, y su congruencia con las normas superiores y los principios del ordenamiento jurídico.

5.2. Antes de abordar el primero de los temas antes referidos, considero del caso destacar que las facultades que la Constitución confiere al Poder Ejecutivo, tanto de “*legislar*” a través de los decretos de necesidad y urgencia en el artículo 103, cuanto de “*anular legislación*” a través del veto del artículo 87, son de carácter excepcional y extremo, en tanto suponen asumir un rol que no le es propio, y sólo en razón de circunstancias extremas.

Se trata de facultades excepcionales, que implican una interferencia del Poder Ejecutivo en funciones naturalmente atribuidas al Poder Legislativo, y que sólo deberían ser utilizadas en casos de extrema gravedad, frente a situaciones que impliquen desconocimiento de los principios básicos del ordenamiento jurídico, o que dificulten o impidan la función administradora del Ejecutivo.

El uso desmesurado y excesivo de la facultad constitucional de veto, al igual que el de la emisión descontrolada de decretos de necesidad y urgencia, constituyen verdaderas formas de anulación del rol legislativo y consagran modalidades autoritarias de gobierno reñidas con el espíritu y la letra de nuestra constitución.

Como se demuestra a continuación, ninguno de esos supuestos se da en el caso de autos.

En punto al carácter excepcional de la facultad de veto, y comenzando ya el análisis del decreto 504/2012, creo del caso poner de resalto que en sus propios



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

fundamentos se destaca ese carácter excepcional, y el objetivo que debe primar en su dictado. En efecto, allí se sostiene que:

Que en consecuencia, corresponde ejercer el mecanismo excepcional de veto establecido por el artículo 87 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;”

Sin embargo, y como también se demostrará *infra*, el veto cuestionado, más allá de su adecuación formal con las normas constitucionales, no respeta la exigencia de excepcionalidad, ya que su dictado se inscribe en el marco de un notorio abuso de la herramienta por parte del actual Jefe de Gobierno.

Veamos.

Desde el inicio de su gestión el día 9 de diciembre de 2007, el actual Jefe de Gobierno ha vetado nada menos de 115 leyes que habían obtenido la sanción por parte de la Legislatura. Es decir, un promedio de 21 leyes dictadas aprobadas por la Legislatura han sido vetadas por cada año de mandato. En otros términos, más de 2 vetos por mes, si se tiene en cuenta la duración de los períodos legislativos. Una tasa excesivamente alta si se considera, como ya se señaló, que se trata de una facultad excepcional, que debe ser ejercida con suma prudencia⁸¹.

⁸¹ El análisis del contenido de las leyes vetadas demuestra que en casi todas se refieren a la concesión, efectivización o reglamentación de derechos de los habitantes de la Ciudad, y evidencian una política sistemática de restricción a esos derechos. Las leyes vetadas son las siguientes: Ley n° 2515, que dispone la creación del colegio único de profesionales de la higiene y seguridad en el trabajo; Ley n° 2583 06, que declara al parque Tres de Febrero como una unidad ambiental y de gestión; Ley n° 2584, que **incrementa el monto establecido en para ser aplicado a un programa de becas para la realización de conciertos**; Ley n° 2587, que regula la contraprestación publicitaria de los medios vecinales de comunicación social con el GCBA; Ley n° 2595, que modifica el código de verificaciones y habilitaciones; Ley n° 2601, que **otorga beneficios a personas detenidas procesada por los consejos de guerra por el plan Conintes**; Ley n° 2602, que **regula la utilización por parte del poder ejecutivo de videocámaras para grabar imágenes en lugares públicos**; Ley n° 2607, que **otorga un permiso de uso a título precario y gratuito de un predio utilizado por el Sindicato de Seguros**; Ley n° 2626, que **autoriza el funcionamiento de las actividades artesanales y feriales en el área adyacente de la plaza Julio Cortázar**; Ley n° 2629, que dispone la **creación de la carrera de técnico superior en emergencia médica**; Ley n° 2722, que introduce modificaciones al Código de Planeamiento Urbano; Ley n° 2740, que modifica zonificación de predios; Ley n° 2871, que otorga **permiso de uso precario a entidades de bien público**; Ley n° 2936, que regula la publicidad exterior; Ley n° 2973, **de emergencia habitacional**; Ley n° 2985 que modifica el Código de Tránsito y Transporte; Ley n° 2991 que crea el **Registro de**

Muralistas y Creadores de Arte Público; Ley n° 2994, que **contiene normas relativas al personal de planta planta transitoria docente y no docente del Ministro de Educación;** Ley n° 3007 que impone la **obligación de disponer de góndolas especiales en supermercados, para la venta de alimentos dietéticos o alimentos para regímenes especiales;** Ley n° 3064, que crea un comité de seguimiento del sistema de seguridad pública; Ley n° 3090 que regula la **implementación de trámites en sistema braille, en lo relativo a la ley de defensa del consumidor;** Ley n° 3101, que prohíbe en el ámbito del espacio público y en el gobierno de la el uso de máquinas sopladoras de limpieza; Ley n° 3107 de **acceso a la información pública;** Ley n° 3168, que dispone la publicación del Boletín Oficial de la CABA en formato digital, además del formato impreso; Ley n° 3186 que regula las **condiciones ambientales que deben cumplir los cruces vehiculares a desnivel;** Ley n° 3224, modificatoria de la ley del Ministerio Público; Ley n° 3247 que dispone un **programa de becas para la educación superior;** Ley n° 3259, de adopción de escudo de la ciudad como símbolo oficial; Ley n° 3267, que dispone la **constitución y regulación de foros de seguridad pública** (vetada parcialmente); Ley n° 3268, relativa a la **creación del Registro de Ex Presos Políticos, en el ámbito de la Subsecretaría de Derechos Humanos;** Ley n° 3269 que introduce modificaciones en la regulación del IVC; Ley n° 3274 que prohíbe el uso de sopladoras de barrido en espacios públicos; Ley n° 3296, que **regula la prevención, detección precoz y rehabilitación del síndrome de desgaste laboral crónico;** Ley n° 3298 que dispone la **creación de un comité contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes creación;** Ley n° 3299, que otorga un **subsidio a la APDH** (vetada parcialmente); Ley n° 3300 que modifica la regulación de actividades feriales (vetada parcialmente); Ley n° 3329 que dispone la **creación de un fondo para la localización y restitución de niños/as secuestrados/as y/o nacidos/as en cautiverio en Argentina;** Ley n° 3332, que dispone la **implementación de una libreta de salud de niñas, niños y adolescentes;** Ley n° 3335, relativa a la institución del premio “*Raquel Liberman*”; Ley n° 3348 que otorga un **permiso de permiso de uso precario y gratuito de un inmueble a una asociación civil;** Ley n° 3356, que dispone **otorgamiento de un subsidio a la Fundación Mane Bernardo;** Ley n° 3360 que regula el **tratamiento de casos violencia de género por los medios de comunicación** (vetada parcialmente); Ley n° 3362 que introduce normas relativas a la prevención de la **contaminación ambiental en el Código de la Edificación y de Planeamiento Urbano** y prevención de la contaminación ambiental (vetada parcialmente); Ley n° 3369, que dispone la **creación de una oficina contra la trata de personas;** Ley n° 3374, modificatoria del Código Contencioso Administrativo y Tributario; Ley n° 3378 que concede el **uso precario y gratuito del inmueble que ocupa la Cooperativa de Vivienda Liberación Limitada;** Ley n° 3385, que **otorga subsidios a ex combatientes de la guerra de las Islas Malvinas;** Ley n° 3391, que regula la publicidad oficial de la administración pública (vetada parcialmente); Ley n° 3441 que **establece la sede principal y permanente de los talleres protegidos de rehabilitación psiquiátrica;** Ley n° 3455 que regula la ubicación de paradas, cabeceras y terminales de los medios de transporte público de pasajeros; Ley n° 3469, que **regula causales de extinción de la relación de empleo público y de jubilación de agentes del GCBA;** Ley n° 3476, relativa al derecho a mantener el número de teléfono móvil; Ley n° 3489, que obliga a adjuntar a los envíos de las boletas ABL, un folleto explicativo relativo a la descentralización en comunas; Ley n° 3494, que **regula el modo y plazo de pago de las remuneraciones del personal del GCBA;** Ley n° 3526, que otorga **permiso de uso a título precario y gratuito de inmueble a una asociación sin fines de lucro;** Ley n° 3537, que dispone la **protección patrimonial del edificio donde funciona el Hospital Muñiz;** Ley n° 3542, que dispone la inserción en la página web del GCBA el link y el *streaming* del canal Ciudad Abierta; Ley n° 3561, que regula el ingreso al cuerpo docente del Instituto Superior de Seguridad Pública; Ley n° 3576, que dispone la catalogación de inmuebles con nivel de protección cautelar; Ley n° 3586, que regula el proceso de descentralización de la CABA en comunas; Ley n° 3587, que regula la ubicación de las sedes de las 15 comunas de la CABA; Ley n° 3597 que crea un **sistema de asesoramiento para los agentes del GCBA que estén en condiciones de acceder beneficio jubilatorio;** Ley n° 3608, que **dispone la obligatoriedad de instalar sanitarios para el público en entidades bancarias públicas y privadas;** Ley n° 3626, que dispone la **creación de un registro de ex soldados conscriptos que hayan participado del conflicto bélico de las Islas Malvinas;** Ley n° 3651, que regula la **creación de una comisión bipartita “de igualdad de oportunidades y trato”;** Ley n° 3654; que regula la **prórroga de la suspensión de desalojo de inmuebles a personas en situación de calle o de pobreza crítica;** Ley n° 3660, que **garantiza la regularización dominial de los inmuebles a favor de cooperativas, mutuales y asociaciones civiles sin fines de lucro;** Ley n° 3687, que introduce modificaciones del código de planeamiento; Ley n° 3700, que dispone la **gratuidad de las llamadas realizadas desde teléfonos celulares a números de emergencias, salud y desarrollo social;** Ley n° 3703/10, que **declara de utilidad pública y sujetos a**



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0,
Secretaría n° 4

expropiación bienes muebles destinados a la Cooperativa de Trabajo Impresiones Barracas Limitada; Ley n° 3706, de protección y garantía integral de los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo; Ley n° 3711, que declara al Parque Centenario como “área de gestión asociada Parque Centenario”; Ley n° 3721, que establece un programa de inclusión laboral para jóvenes en situación de vulnerabilidad social; Ley n° 3736, que otorga un permiso de uso de inmueble a título precario a la Asociación Civil Casa del Jubilado Municipal; Ley n° 3737, que otorga un permiso de uso de inmueble a título precario a la asociación civil Casa Social el Sol de Boedo; Ley n° 3738, que dispone la donación de inmueble Mansión Seré a la Casa de la Memoria y la Vida; Ley n° 3845, que crea un programa de prevención civil en situaciones de riesgo, catástrofes o calamidad pública (vetada parcialmente); Ley n° 3882, que regula la comercialización de vehículos; Ley n° 3958, de asistencia a consumidores sobreendeudados; Ley n° 3961, que obliga a las empresas de transporte público a colocar carteles en lugares visibles relativos a los derechos de las personas con discapacidad; Ley n° 4008, que dispone la expropiación de inmuebles donde desarrollan actividades cooperativas de trabajo, para su entrega a éstas; Ley n° 4015, que regula el ejercicio de la actividad farmacéutica; Ley n° 4020, que regula la adaptación de los semáforos de la CABA para personas ciegas y disminuidas visuales; Ley n° 4021, que regula el otorgamiento de subsidios a músicos mayores que se encuentran en situación precaria, y no cuentan con jubilación; Ley n° 4031, que dispone el otorgamiento de subsidios a la producción artística; Ley n° 4033, que otorga un permiso de uso de inmueble a título gratuito a la Asociación Civil Círculo Ferromodelista Oeste; Ley n° 4044, que dispone la catalogación de utilidad pública sujeto a expropiación del inmueble destinado a la creación del museo casa Juan de Dios Filiberto; Ley n° 4060, que dispone un régimen de promoción, fomento y facilitación actividades de juntas de estudios históricos y de rescate del pasado de la CABA; Ley n° 4061 que establece un programa de consolidación y continuidad de las unidades productivas en riesgo; Ley n° 4073, que regula el registro de precursores químicos; Ley n° 4075 que dispone la incorporación a la OSBA de la cobertura médica asistencial integral para los tratamientos de reproducción humana; Ley n° 4085, que regula la autoexclusión para el ingreso a las salas de juego y apuestas y la prevención de la ludopatía; Ley n° 4086, que dispone medidas en materia de impactos en salud debido al cambio climático; Ley n° 4094, que otorga un subsidio a la asociación Síndrome de Down de RA; Ley n° 4095, que crea un centro de documentación pedagógica del bicentenario con el objeto de brindar herramientas de formación; Ley n° 4097, que prorroga el plazo de uso de un inmueble por la Cooperativa de Trabajo Cultural y Educativa Cefomar Limitada; Ley n° 4098, que regula el otorgamiento de un subsidio anual a la asociación civil Teatro por la Identidad; Ley n° 4105, que regula el permiso de uso precario y gratuito del inmueble ocupado por el Club Atlético Parque de los Patricios; Ley n° 4110 que regula el régimen de asignaciones familiares del personal de la administración pública; Ley n° 4113 que crea el registro de cuidadores de vehículos de la CABA; Ley n° 4119 que dispone la convocatoria a un congreso pedagógico en el ámbito de la CABA; Ley n° 4123, que dispone la afectación de un inmueble a la construcción de viviendas de carácter social; Ley n° 4124, que dispone la construcción de una sede para el funcionamiento de un centro de salud (CESAC); Ley n° 4125, que regula el sistema arbitral de consumo; Ley n° 4318/12 que regula el procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles; Ley n° 4421; que dispone la inclusión de una leyenda relativa a la donación de órganos en boletas de ABL; Ley n° 4434, que regula la pesca y comercialización de la especie salminus brasiliensis; Ley n° 4437 que otorga un subsidio mensual y permanente a todos los agentes de la ciudad que participaron en las acciones bélicas del atlántico; Ley n° 4445, que declara de utilidad pública y sujeto a ocupación temporaria al inmueble destinado al funcionamiento de la cooperativa de trabajo La Peña del Colorado Limitada; Ley n° 4448, que dispone sanciones administrativas a los responsables por los daños ocasionados a un inmueble en el ámbito de la CABA; Ley n° 4452 que regula la ampliación de plazo establecida respecto de inmuebles declarados utilidad pública y afectados al

En efecto, computando la totalidad de las leyes aprobadas por la Legislatura en el período, el Jefe de Gobierno ha vetado, desde su asunción, aproximadamente un seis por ciento de las leyes sancionadas por la Legislatura. Sin embargo, si se exceptúan las leyes de alcance particular, y se consideran solamente las leyes que contienen disposiciones generales que proyectan sus efectos sobre la totalidad de los habitantes de la ciudad, el porcentaje de leyes vetadas se eleva escandalosamente al veinticinco por ciento⁸².

Así, el uso abusivo e indiscriminado de una herramienta prevista sólo para situaciones de excepción, implica una flagrante violación a lo dispuesto en la primera parte del artículo 103 de la Constitución de la CABA, cuando *“prohíbe al Poder Ejecutivo, “bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo”*.

Igualmente, la reiterada costumbre de vetar las leyes locales que reglamentan el ejercicio de derechos de las personas contraviene la norma contenida en el artículo 80, inciso 1º de la Carta Magna local, ya que el resultado práctico de los vetos recurrentes es la imposibilidad de la Legislatura de sancionar las leyes necesarias para *“hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente”*, así como de *“tomar las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades”*.

Es que el Poder Ejecutivo, a través del veto sistemático y repetido, ha impedido a la Legislatura definir la política legislativa en todo lo referente a la reglamentación de los derechos de los habitantes de la ciudad consagrados en la Constitución. Cuando el Jefe de Gobierno, en lugar de utilizar la facultad de veto en situaciones excepcionales que realmente justifiquen su empleo, la usa para decidir a su exclusivo arbitrio qué materias pueden ser tratadas por la Legislatura, y cuáles no, se está arrogando facultades propias del Poder Legislativo.

En otras palabras, al abusar de la facultad de veto, y ejercerla en un

funcionamiento de cooperativas de trabajo y otras cuestiones atinentes; Ley n° 4458, que introduce normas de acondicionamiento térmico en la construcción de edificios; Ley n° 4479/12, que regula el funcionamiento de la feria de San Telmo; Ley n° 4488, que dispone la condonación de deuda de ABL al Club Atlético Defensores de Belgrano; Ley n° 4562, que **otorga permiso de uso de inmueble patio de recreación activa n° 5) a título precario y gratuito al Club Federal San Cristóbal Asociación Civil.**

⁸² Desde el 10 de diciembre de 2007 hasta la fecha, la Legislatura sancionó, según se desprende de la base de datos del GCBA (http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/index.php?menu_id=21623#resultados), un total de 1926 leyes. Excluidas las leyes de alcance particular, las relativas al presupuesto, y las modificaciones a los códigos de planteamiento y tránsito y transporte, las leyes aprobadas en el período suman aproximadamente 450.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

modo que contraría a la propia Constitución que la consagra, el Jefe de Gobierno se está arrogando facultades legislativas que le están expresamente vedadas, tanto por el ya referido artículo 103 de la Constitución, cuanto por su artículo 1, que establece un sistema de democracia participativa, y adopta la forma republicana y representativa de gobierno.

4.3. Volviendo al decreto 504/2012, en sus fundamentos también se hace referencia a que la atribución examinadora del Poder Ejecutivo comprende la evaluación de los aspectos formales y materiales de la Ley, así como la oportunidad, mérito y conveniencia de las políticas proyectadas en la norma en análisis, siendo éste un verdadero control de legalidad y razonabilidad.

El fundamento aludido se relaciona con los aspectos sustanciales de las normas en cuestión. Y si bien no habré de pronunciarme respecto del mérito, oportunidad y/o conveniencia de las disposiciones contenidas en la ley vetada, sí en cambio me corresponde verificar que los fundamentos del decreto de veto superen el test de razonabilidad al que ya me he referido.

En este punto cabe recordar que el proyecto de ley vetado regula el protocolo de actuación para la atención de abortos no punibles en el sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que el veto de la ley tuvo como objeto mantener la vigencia de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud, a la que me he referido *supra* y cuya inconstitucionalidad me corresponde declarar de conformidad con los fundamentos ya desarrollados en este pronunciamiento.

4.4. Efectuada esta breve introducción relativa al sustrato material del decreto cuya constitucionalidad se impugna en autos, pasaré a analizar la razonabilidad de sus fundamentos, con el fin de verificar si éstos se corresponden con los cánones exigidos por la Constitución local, a la luz de los principios contenidos en ella, en la Constitución de la Nación, en los tratados de rango constitucional y en las demás leyes

que integran nuestro sistema normativo-constitucional.

La ponderación de la razonabilidad de los fundamentos del decreto de veto se hace imprescindible para resolver el tema que nos ocupa, en función de la previsión contenida en el artículo 87 de la Constitución de la CABA. En efecto, como ya se anticipara, la exigencia de fundamentación contenida en el artículo citado no es sólo formal, sino también sustancial, ya que un fundamento aparente, autocontradictorio, o que transgreda disposiciones constitucionales o de rango superior al propio decreto, no puede ser considerado un fundamento válido.

Para ello analizaré primero los fundamentos que se relacionan con el veto del proyecto en general, y luego los que conciernen a disposiciones puntuales de la ley vetada, revisando, en cada caso, si cumplen con el requisito de razonabilidad requerido por la Constitución.

4.5. Se expresa entre los fundamentos del decreto que “[...] *el citado proyecto de Ley pretende asimismo normar en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires diversos lineamientos contenidos en el fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara en la causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" (causa f. 259. XLVI de fecha 13 de marzo de 2012), sentencia en la que nuestro más Alto Tribunal al resolver un caso particular vinculado con uno de los supuestos de no punibilidad del aborto exhortó a las jurisdicciones locales a adoptar ciertas medidas que allí esboza;*

Que por su parte, y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, el Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros gobiernos provinciales han avanzado en la implementación de medidas concretas en la materia;

Que el sistema federal vigente en nuestro país y el diseño constitucional adoptado en materia de legislación de fondo (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional) definen como atribución del Congreso de la Nación el dictado de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social;

Que como es de público conocimiento, en lo que se refiere a la materia que nos ocupa, los Códigos Civil y Penal mantienen reglas no susceptibles de alteración por la legislación local;



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

Que el Código Penal mantiene la punibilidad del aborto con excepciones, circunstancia que fue señalada en el fallo antes citado, y en igual sentido explicitado en su fundamentación;

Que el proyecto de Ley bajo estudio, tal como ha sido en definitiva redactado, 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, en especial teniendo en cuenta que se mantiene la calificación penal;

Que la eventual incorporación al régimen jurídico de la Ciudad de un texto normativo que colisiona reiteradamente con el ordenamiento constitucional nacional importaría generar una multiplicación de conflictos, de muy probable judicialización, lo que por otra parte contraría los criterios que surgen de la exhortación que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

Que por similares razones debe evitarse la vigencia de una norma que presenta contradicciones, y cuya efectiva implementación impedirá el cumplimiento de los fines perseguidos por la Ley, así como de los estándares establecidos por el Máximo Tribunal;

Que en el proyecto de Ley sub examine se establecen las prestaciones que debe garantizar el Sistema de Salud, disponiéndose que el Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación, garantiza los derechos allí enunciados en todos los subsectores del Sistema de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

Que la total extensión de las prescripciones de la norma propuesta a los subsectores de la seguridad social y privado restringe en forma absoluta ciertos derechos de tales efectores -y muy especialmente de los profesionales que en ellos se desempeñan- para decidir cómo dar acabado cumplimiento al ordenamiento jurídico vigente en la materia.

En apretada síntesis, y adoptando un orden que permita abordar de

manera integral las cuestiones traídas a conocimiento de este Tribunal, los fundamentos expresados para justificar el veto del proyecto de ley n° 4318, son los siguientes:

a) Que la ley vetada, al pretender normar en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los lineamientos emanados del precedente “F.A.L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, excede las pautas contenidas en dicho fallo.

Sin embargo, contrariamente a lo afirmado en los fundamentos del decreto de veto, la ley vetada no contraría las pautas sentadas en el fallo F.A.L., como sí en cambio, lo hace el decreto cuestionado en autos.

Una simple lectura del texto de la ley vetada permite concluir que la misma adopta un sistema que, en los puntos fundamentales, 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. Hago presente que el análisis de las disposiciones contenidas en la ley 4318 se encuentra fuera del objeto de la presente litis, y que la comprobación de su concordancia con el precedente de la Corte y con la normativa constitucional ha sido efectuada sólo a los efectos de verificar la razonabilidad del fundamento contenido en el decreto 504/2012.

b) Que la ley vetada contraría disposiciones constitucionales y de derecho de fondo, al avanzar sobre cuestiones que son materia exclusiva del Congreso de la Nación, como es el dictado de normas penales. Sobre este punto, en una redacción no del todo clara, los fundamentos hacen alusión a que el proyecto de ley 4318 introduciría modificaciones al artículo 86 del Código Penal.

Lo afirmado en este sentido en los fundamentos del decreto tampoco se corresponde con la realidad. En efecto, 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, el que pretende modificar el artículo 86 del ordenamiento penal, al introducir restricciones no previstas en la ley, conforme se explicara al desarrollar el planteo tratado en el apartado **V.4.** precedente, relativo al consentimiento de las mujeres con discapacidad.

c) Que la existencia de contradicciones entre la ley vetada y la normativa constitucional y de derecho de fondo traería aparejada “una multiplicación



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

de conflictos de muy probable judicialización”, a la vez que impediría el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley y de los estándares establecidos en el fallo “F.A.L.” ya mencionado.

Esta afirmación carece de fundamento concreto, ya que no se invoca cuáles son esas supuestas contradicciones ni cuáles serían las cuestiones generadoras de conflictos judiciales. Se convierte así en un fundamento dogmático, vacío de contenido, que no cumple con la exigencia de razonabilidad necesaria para su validez.

d) Que el Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya ha implementado medidas concretas en la materia.

Se trata de una clara alusión a la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la CABA cuya inconstitucionalidad es declarada en este pronunciamiento.

Al respecto sólo cabe mencionar que, tal como se desarrolló en los apartados precedentes, la resolución invocada como fundamento del veto sí resulta inconstitucional y contraria a las pautas sentadas por la Corte Suprema en el fallo “*F.A.L. s/ Media autosatisfactiva*”.

e) Que la extensión de las disposiciones de la ley vetada a todos los efectores del sistema de salud restringe en forma absoluta derechos de esos efectores y de los profesionales que en ellos se desempeñan, con relación a la decisión de cómo dar cumplimiento a las normas vigentes en materia de aborto no punible.

Nuevamente estamos frente a un fundamento aparente, ya que sólo contiene una afirmación dogmática y vacía de contenido. En efecto, se mencionan derechos de los efectores y de los profesionales, sin hacer una mínima referencia a cuáles son los derechos supuestamente afectados, y a cómo se verían restringidos por la disposición legislativa.

Así, los fundamentos hasta aquí analizados carecen de la razonabilidad que les es exigible, y en consecuencia no pueden ser tenidos por válidos. Máxime cuando se trata de fundamentar adecuadamente el ejercicio de de una facultad excepcional y que debe ser ejercida con extrema prudencia, como es la de vetar las

leyes,

Es que si el Poder Ejecutivo no funda cabal y adecuadamente su decisión de vetar una ley de la legislatura, socava los principios de la democracia participativa e incursiona en peligrosas prácticas políticas.

4.6. Continuando con el análisis de los fundamentos del veto, y ya con relación al artículo 5 del proyecto de ley, se afirma en los fundamentos del decreto de veto, que

“[...] pretende modificar la literalidad del concepto previsto en el artículo 86, inciso 1º, del Código Penal, al incorporar como no punible el aborto llevado a cabo en los "casos de peligro para la salud integral";

Que el concepto antes referido, conforme lo normado por el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por el inciso a) del artículo 3º de la Ley N° 153, se refiere a una concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente;

Que de este modo el referido artículo 5º del proyecto introduce una variable calificativa al Código Penal que implica alterar la previsión de la norma de fondo, al arrogarse el legislador local una facultad expresamente atribuida al Congreso Nacional, como es la de dictar el Código Penal (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional);

Es decir que se atribuye al proyecto de ley la pretensión de modificar el inciso 1º del artículo 86 del Código Penal, al cambiar el término “salud” contenido en la norma legal, por el de “*salud integral*”, concepto que a su entender tiene una amplitud mucho mayor que el primero, y cuyo alcance se encuentra definido por el artículo 3 de la ley 153. Sostiene al respecto que se estaría violando así el reparto de competencias asignadas en la Constitución Nacional, al pretender la Legislatura local modificar una ley del Congreso de la Nación.

Sin embargo, como ya se ha visto al tratar en el apartado **IV.3.** precedente, la definición del derecho a la salud está necesariamente vinculado al concepto de “*salud integral*”, consagrado expresamente en la Constitución de la Ciudad, y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que se han referido a



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4

lo largo de este pronunciamiento.

La interpretación restringida, y acotada a la salud física, que propugna el decreto de veto y que es explicitada en sus fundamentos es claramente inconstitucional y contraria a la interpretación formulada al respecto por los órganos internacionales y jurisdiccionales. Sobre este punto, y a efectos de evitar repeticiones innecesarias, remito al referido apartado **IV.3**.

4.7. En lo referente al artículo 8 de la ley, se afirma en los fundamentos del decreto de veto que

“[...] el artículo 8° del proyecto establece que es válido el consentimiento dado por la persona a partir de los 14 años, a efectos de realizar los abortos no punibles, no siendo necesaria ninguna intervención, notificación o consentimiento por parte de sus representantes legales o del Ministerio Público;

Que ello resulta manifiestamente contradictorio con las disposiciones del Código Civil, que establece que los menores adultos (artículo 127) son incapaces relativos para la realización de los actos de la vida civil y que "sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar" (artículo 55), teniendo por representantes legales a sus padres o tutores (artículo 57, inciso 2);

Que, en tales condiciones, el proyecto de Ley bajo análisis desconoce la representación legal necesaria fijada con carácter obligatorio por el Código Civil en protección de los bienes e intereses de los menores adultos, lo que colisiona con el principio de supremacía de las leyes dictadas por el Congreso (artículo 31 de la Constitución Nacional) en ejercicio de las facultades otorgadas para dictar los códigos de fondo (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional);

Que en materia de capacidades tales reglas no pueden ser obviadas, más aún en un tema que requiere un consentimiento informado”.

En los párrafos transcritos el decreto en cuestión ataca el proyecto de ley afirmando que las prescripciones contenidas en el artículo 8 contradicen lo normado

en los artículo 57, inciso2, 55 y 127 del Código Civil, en lo relativo al régimen de la capacidad de los menores y de su representación legal, al admitir como válido el consentimiento informado prestado por las menores a partir de los 14 años.

También este tema ha sido abordado ampliamente en la primera parte de este pronunciamiento. En efecto, en el apartado **V.3.**, al que me remito en mérito a la brevedad, destacué como los tratados internacionales vigentes, y la Constitución Nacional prohíben la sustitución de la voluntad de las niñas y adolescentes por la de sus representantes legales, cuando se trata de prestar el consentimiento previsto en el artículo 86 del Código Penal. De tal suerte que la interpretación que propone el decreto de veto cuestionado es manifiestamente contraria a disposiciones constitucionales y, como tal, carece de toda razonabilidad

4.8. En lo que hace a la justificación del veto del artículo 11 del proyecto de ley, se afirma en los fundamentos del decreto impugnado que:

“[...] el artículo 11 del proyecto en estudio establece que los profesionales de la salud tienen derecho a ejercer su objeción de conciencia respecto de las prácticas médicas objeto del proyecto, sin consecuencia laboral alguna;

Que el mismo precepto agrega, sin embargo, que la objeción de conciencia es de tipo individual y debe ser manifestada mediante una declaración escrita y presentada ante las autoridades del establecimiento que corresponda, en un plazo no mayor de treinta días desde la promulgación del proyecto de Ley, o al momento del ingreso a la institución, en el caso de los profesionales que comenzaren a prestar servicios a partir de esa pauta temporal antes referida;

Que tal proposición normativa obliga a todo profesional -se encuentre actualmente relacionado o no con las prácticas a que se refiere el proyecto de Ley bajo examen- a hacer pública una cuestión de conciencia, esencialmente personal y privada, en un plazo perentorio, so riesgo de no poder hacerlo en el futuro en caso de que efectivamente debiera intervenir en una práctica médica de las aquí analizadas, impidiéndole, además, modificar su posición sobre el punto;

Que es contrario a la Constitución Nacional y al ordenamiento jurídico de la Ciudad fijar este tipo de plazos para el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia y disponer la caducidad y firmeza de una determinada postura



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

adoptada;

Que la norma en cuestión viola y restringe indebidamente las libertades individuales y la intimidad del profesional actuante (artículo 19 de la Constitución Nacional y artículo 12, incisos 3 y 4, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), lo que resulta altamente reprochable en atención al carácter del derecho de conciencia, que debe ser razonablemente respetado y ejercido en todo momento, sin encontrarse sujeto a limitación temporal alguna;

Que se confunde así la objeción de conciencia individual - absolutamente válida y de raíz constitucional- con la institucional, respecto de la cual el Sistema de Salud debe satisfacer los requerimientos brindando las prestaciones correspondientes.

Con relación a las disposiciones del proyecto de ley relativas a la objeción de conciencia, el decreto de veto cuestiona que se requiera que la objeción de conciencia deba ser manifestada ante las autoridades del establecimiento correspondiente en un plazo no mayor de 30 días de la vigencia de la ley, o al momento del ingreso a la institución, si éste es posterior a la entrada en vigor del texto legal.

Sostiene al respecto que la norma proyectada:

a) Obliga a los profesionales a hacer pública una cuestión de conciencia, esencialmente personal y privada, restringiendo indebidamente sus libertades individuales y su intimidad.

b) Establece una limitación temporal irrazonable al ejercicio de la objeción de conciencia, al fijar un plazo perentorio para todos los profesionales aun los que no se encuentren actualmente relacionados con las prácticas a que se refiere el proyecto, impidiéndole así modificar su posición en el futuro. En este sentido afirma que es contrario a la Constitución Nacional y al ordenamiento jurídico local fijar plazos para el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, y “*disponer la caducidad y firmeza de una determinada postura adoptada*”.

c) Que el proyecto de ley confunde la objeción de conciencia

individual, a la que considera válida y de raíz constitucional, con la institucional, “*respecto de la cual el Sistema de Salud debe satisfacer los requerimientos brindando las prestaciones correspondientes*”.

Nuevamente la interpretación de la objeción de conciencia que hace el decreto carece de razonabilidad y no responde a los estándares constitucionales y de las normas internacionales. Por otra parte, el modo en que se regula el instituto contraría en forma expresa las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸³, tal como se puso de resalto al tratar esta cuestión en el apartado V.6. precedente, al que también remito en mérito a la brevedad.

4.9. Finalmente se alude, en los fundamentos del decreto de veto, a los motivos que justifican el veto del artículo 17 del proyecto de ley, afirmando que dicha norma [...] *pretende sujetar a indeterminadas sanciones penales el incumplimiento de sus disposiciones, "en especial la realización de maniobras dilatorias, el suministro de información falsa o la reticencia para llevar a cabo la práctica del aborto no punible por parte de los/as profesionales de la salud y los/as directivos/as de los establecimientos"*;

Que, como se ha dicho, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no puede dictar normas de naturaleza penal, las que quedan reservadas a la competencia del Congreso Nacional (artículos 18 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional);

Que dicho principio constitucional se funda también en la necesidad de evitar que los cuerpos legislativos locales puedan crear o incorporar figuras delictivas en el Código Penal, llevando a que ciertas conductas se criminalicen en algunas jurisdicciones y en otras no;

Que en el mismo orden de ideas, tampoco puede el legislador local prohibir al Poder Judicial que aplique el Código Penal en una jurisdicción determinada, en especial mientras se mantengan las calificaciones legales establecidas en dicho cuerpo normativo.

En síntesis, sobre el punto en análisis, se cuestiona al proyecto de ley con dos argumentos:

⁸³ Fallo citado en nota 1, considerando 29.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

a) Se le atribuye que pretende sujetar a indeterminadas sanciones penales el incumplimiento de sus disposiciones, arrogándose así la facultad de dictar normas de naturaleza penal que están reservadas exclusivamente a la competencia del Congreso nacional.

b) Que el legislador local no puede prohibir al Poder Judicial que aplique el Código Penal en una jurisdicción determinada mientras se mantengan las calificaciones legales establecidas en ese código.

Respecto a las objeciones contenidas en los fundamentos del decreto con relación al artículo 17 de la ley, debo señalar que a mi entender carecen de toda entidad. Es que no hay, en el texto vetado, ninguna alusión a sanciones penales indeterminadas, ni menos aún la pretensión de dictar o modificar normas de naturaleza penal. Tampoco se observa que el legislador local pretenda prohibir al Poder Judicial que aplique el Código Penal en el ámbito de la CABA.

El precepto del artículo de la ley vetada recepta una fórmula empleada con frecuencia en disposiciones legales, cuyo texto no tiene el alcance que se le pretende dar en los fundamentos del veto. La disposición en cuestión simplemente tiene por objeto establecer que ante el incumplimiento de la ley por los funcionarios y o agentes encargados de su cumplimiento, ésta no prevé sanciones especiales, sino que se deberán aplicar las sanciones administrativas, civiles y penales previstas en la legislación pertinente y en su respectiva reglamentación.

Cabe destacar, por otra parte, que el citado artículo 17 recepta casi literalmente la pauta contenida en el mismo sentido en el precedente “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se dijo que “*Descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas merecidas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales*

y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”⁸⁴. Claro está que al referir el Alto Tribunal a “*las consecuencias penales y de otra índole*” no está ni creando ni modificando un tipo penal, sino que simplemente está efectuando una remisión a las sanciones contenidas en las leyes y reglamentos respectivos.

La ley vetada, mediante la figura del artículo 17 no hace otra cosa que receptar la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México*”, expresó que “[...]. Sin perjuicio del párrafo anterior, la CIDH observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad”⁸⁵.

5. En definitiva, del análisis pormenorizado de los fundamentos del decreto 504/2012 realizado en los párrafos precedentes, se desprende con claridad que aquéllos no cumplen con el requisito de razonabilidad que les es exigido. La incongruencia y la falta de proporcionalidad entre los fines perseguidos por la norma y los medios empleados para la consecución de esos fines también es evidente.

Se busca, según lo expresado en los propios fundamentos, tornar operativos los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*”, y también “*evitar la vigencia de una norma que presenta contradicciones y cuya efectiva implementación impedirá el cumplimiento de los fines perseguidos por la Ley, así como de los estándares establecidos por el Máximo Tribunal*”.

Pero se pretende lograr esos objetivos a través de un medio manifiestamente irracional, ya que el veto del proyecto de ley de la Legislatura tiene como objetivo también expreso, que la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud mantenga su vigencia y aplicabilidad en el ámbito de la CABA.

Y esa resolución es contraria a la Constitución Nacional y a la Constitución de la Ciudad, así como a los tratados de jerarquía constitucional y supralegal.

⁸⁴ Fallo citado en nota 1, considerando 24, último párrafo.

⁸⁵ CIDH, Informe N° 21/07



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062/0, Secretaría n° 4

De tal suerte que, careciendo los fundamentos del decreto 504/2012 de razonabilidad y de concordancia con normas superiores, la disposición de veto debe reputarse como no fundada, y en consecuencia inválida, a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución de la CABA.

Destaco que esta decisión de declarar la inconstitucionalidad del veto contenida en el decreto N° 504/2012 no se adopta teniendo sólo en consideración los aspectos específicos que hacen al citado decreto, sino que se hace ponderando la conducta del Poder Ejecutivo en un análisis evolutivo-histórico que permite presumir que no se trata de un caso aislado de “*extralimitación*”, sino de una modalidad peligrosamente disfuncional y marcadamente anticonstitucional del uso de dicha figura.

Es que en temas como el de autos, de profunda complejidad, por sus aristas filosóficas, éticas y religiosas, la labor legislativa es la que logra obtener los consensos necesarios para la efectiva vigencia de una ley. Sabiamente la Constitución atribuye al legislativo la función de debatir y dar base política a decisiones que impactan superlativamente en las sociedades. Esa dinámica de generación legal no puede ser sustituida ni por el uso sistemático del veto, ni por los decretos de necesidad y urgencia, en tanto ellos provienen de un poder al cual la constitución le ha atribuido funciones de ejecución y aplicación, mas no de generación normativa. Obviamente, el Poder Ejecutivo debe también generar los consensos políticos necesarios en su esfera aplicativa y reglamentaria, pero no pueden confundirse por su calidad y cantidad, los consensos que requiere la sanción de una ley, con aquellos que hacen a su posterior aplicación.

Así, por todo lo expuesto precedentemente, y en razón de lo normado en los tratados internacionales citados, la Constitución Nacional, la Constitución de la CABA, así como los principios sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 504/2012. Asimismo, y como consecuencia de la invalidez del decreto de veto, tendré por promulgada la ley aprobada por la Legislatura el día 27 de septiembre de 2012 y

registrada bajo el número 4318, y ordenaré al organismo pertinente la publicación correspondiente.

VII. En virtud de las consideraciones efectuadas, FALLO:

1) **RECHAZANDO** las defensas de falta de legitimación activa y de inexistencia de caso judicial planteadas por el demandado Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2) **DECLARANDO** la inconstitucionalidad de la Resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que implementó un protocolo para la atención de los abortos no punibles contemplados en el artículo 86 del Código Penal, aplicable al sector de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

3) **DECLARANDO** la inconstitucionalidad del Decreto 504/2012 del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dispuso vetar en su totalidad la ley 4318 sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 27 de septiembre de 2012, reglamentaria del derecho de las mujeres a acceder a la práctica de aborto no punible contemplado en el artículo 86 del Código Penal, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

4) **TENIENDO** por promulgada la Ley 4318 sancionada el 27 de septiembre de 2012 por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos vertidos en el apartado **VI.5.** de este pronunciamiento.

5) **ORDENANDO** el libramiento de oficios a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los efectos registrales, y al Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ordenando la publicación de la ley 4318.

Regístrese y notifíquese a las partes por cédula a librarse por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles, y a la Asesoría General



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*“RACHID, MARÍA DE LA CRUZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062 / 0,
Secretaría n° 4*

Tutelar, a la señora Asesora Tutelar interviniente y a la señora Fiscal actuante en sus públicos despachos.