

UNA ACCIÓN DE CLASE PARA ACCEDER AL ABORTO LEGAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

José M. Salgado y Francisco Verbic

I. Introducción

En el presente trabajo analizaremos críticamente algunos aspectos de la sentencia dictada en fecha 29/12/2015 por los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (CCAyT) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) Dres. Esteban Centanaro y Hugo Zuleta en los expedientes acumulados “*Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo*” (Expte. N° 45.722/0) y “*Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/amparo*” (Expte.N° 46.062/0).

Por medio de esta sentencia dicho tribunal rechazó –sin entrar a juzgar el fondo del asunto- diversos planteos constitucionales efectuados contra la Resolución del Ministerio de Salud de la CABA N° 1252/2012, aprobatoria del procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punible (ANP) contempladas en el art. 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación, así como también una pretensión de condena por la cual se buscaba que el Gobierno local procediera a redactar y aprobar un protocolo de acceso al ANP acorde con los estándares convencionales y constitucionales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al pronunciarse en el caso “*F.A.L.*”.¹

Nos enfocaremos exclusivamente en dos de los argumentos procesales esgrimidos por el tribunal para sostener el rechazo de ambas demandas, intentando demostrar que la sentencia incurrió en serios errores que impidieron abordar una temática de extrema urgencia que afecta y pone en riesgo de vida a miles de mujeres de la CABA.

II. Sobre la delimitación de la clase representada en el caso por los legitimados colectivos

¹ CSJN en autos “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, sentencia del 13/03/2012, *Fallos* 335:197.

Un primer defecto de la sentencia está en sostener que no hay “proceso colectivo” por ausencia de una clase identificable: *“este elemento de identificación de los sujetos que comprenden la clase, de un modo pasible de ser determinado, no se encuentra presente en el caso bajo estudio. Es imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentran -o se encontrarán- embarazadas y con intención de interrumpir la gestación por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el ordenamiento penal para casos de abortos no punibles (violación o riesgo en la salud de la madre). Así, debe descartarse que el caso bajo estudio constituya un supuesto de proceso colectivo, ni de la especie que tiene por objeto la tutela de bienes colectivos –por ausencia de un bien colectivo- ni de la relativa a intereses individuales homogéneos –por falta de determinación y conformación de la clase- ni los atinentes a cuestiones de discriminación”* (considerando VIII).

Esta conclusión descansa ante todo en un serio error conceptual. Sucede que la “precisa identificación” de la clase que requiere la doctrina de la CSJN es de índole cualitativa.² Tiene que permitir el encuadre de los miembros del grupo como tales, lógicamente. Pero eso no supone que el actor deba identificarlos individualmente, mucho menos cuando se trata de un grupo que puede modificarse a cada momento como es aquel que los legitimados colectivos pretendían defender en este caso³.

En segundo lugar, debemos considerar que un embarazo dura nueve meses. Sin embargo, el aborto seguro –sin riesgo para la vida y la salud de la mujer- puede realizarse hasta la semana 22 o 24 de gestación, de acuerdo con la fuente que se tome como referencia.⁴ Es decir que, en la tesis de la sentencia, aun cuando fuera individual y

² Recordemos que la CSJN se ha ocupado de precisar el alcance de este requisito en algunos precedentes, sosteniendo que *“la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo”* en la medida que *“la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Sólo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva”*(conf. CSJN en autos *“Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”* [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RH1; CSJ 514/2012 (48-A)/RH1], sentencia del 10/02/15, considerando 9º. Ver también CSJN en autos *“Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento”* (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CS1), sentencia del 09/12/15).

³ Según la Real Academia Española, una “clase” se define como: *“1. f. Conjunto de elementos con caracteres comunes (...) 8. f. Distinción, categoría.”*

⁴ Ver por ejemplo Organización Mundial de la Salud *“Manual de práctica clínica para un aborto seguro”*, 2014 (disponible en

no colectivo, el proceso debería durar seis meses para que pudiera ser promovido con legitimación y caso justiciable. Ello, claro, siempre que la demanda fuera iniciada minutos después de la violación o del diagnóstico que indique que el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, que no existieran demoras en su trámite y que no se interpusieran recursos, vistas o consultas que extendieran la ejecución de la sentencia más allá de los 168 días corridos que componen aquellas 24 semanas. Un plazo que, sin feriados, ferias, enfermedades o ausentismo de los funcionarios o medidas gremiales, constituyen –en el mejor de los supuestos– alrededor de 130 días hábiles judiciales. Esto parece, en el contexto actual en que se presta el servicio de justicia, algo irrealizable.

Es por ello que se ha considerado que en los supuestos donde la duración del conflicto es breve y el tribunal debe igualmente resolver una vez que aquel ha desaparecido, no se verifica un supuesto de abstracción en tanto la decisión servirá como guía de actuación para casos futuros. El problema es que en Argentina muchas veces se hace un uso irresponsable de los precedentes. De otro modo no existirían motivos para que la sentencia dictada en el caso “*F.A.L*” no gobernara la controversia (no) resuelta por la decisión en comentario. Máxime si tenemos en cuenta que se trata de un precedente dictado por la CSJN, justamente, en un “caso abstracto”.

Dicha circunstancia se presentó también, por ejemplo, en el renombrado caso “*Roe v. Wade*”⁵, donde la solución vinculada con el aborto no podía aplicarse al caso pero era sabido que la cuestión habría de repetirse con posterioridad. Luego de esa sentencia, como debiera haber ocurrido en la decisión de la CCAyT que ahora comentamos, el holding relativo a la capacidad repetición de los casos breves fue

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/clinical-practice-safe-abortion/es/, última visita el 30/07/16); Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*”, 2da Edición, 2012 (disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/es/, última visita 30/07/16); Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología “*Uso del Misoprostol en obstetricia y ginecología*”, 2013 (disponible en <http://www.flasog.org/wp-content/uploads/2013/12/Uso-de-misoprostol-en-obstetricia-y-ginecolog%C3%ADa-FLASOG-2013.pdf>, última visita 30/07/16); y Aníbal Faúndes y Dorothy Shaw (Editores) “*El Acceso Universal a la Salud Reproductiva: Oportunidades para Prevenir el Aborto Inseguro y Atender a las Brechas Críticas – La Iniciativa FIGO para la Prevención del Aborto Inseguro*”, International Journal of Gynecology & Obstetrics, Volumen 110, Suplemento 1 (2010) (disponible en http://www.figo.org/sites/default/files/uploads/IJGO/supplements/IJG110_S1_SpanishForFIGO.pdf, última visita el 30/07/16).

⁵ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 410 U.S. 113 (1973).

utilizado para avanzar una *class action* que propagó su *holding* a toda la clase representada en el litigio (“*Sosna v. Iowa*”)⁶.

Sin *stare decisis et quia non movere*, el planteo de la cuestión en clave colectiva resulta superador de las dificultades expuestas en relación a la vigencia del “caso” judicial para supuestos como el que nos ocupa. La clase a la que se hace referencia debe ser descripta en el proceso a fin de garantizar la congruencia entre la pretensión colectiva que se enjuicia y los efectos de la decisión. También podría señalarse que es necesario comprobar su existencia, es decir, que pudiera corroborarse que hay un grupo de personas vinculadas por razones comunes de hecho o derecho con necesidades insatisfechas. Sin embargo, como ya señalamos, nunca es necesaria la personalización o identificación a modo de un litisconsorcio tradicional.

La clase posee, justamente, contornos permeables. Los sujetos pasan a constituir parte de la misma en tanto cuenten al inicio del proceso -o adquieran en lo sucesivo- las condiciones y características mediante las cuales aquélla ha sido descripta por el representante colectivo (así como dejan de formar parte del grupo cuando pierden esas condiciones). El proceso colectivo y la noción de “clase” en este contexto configuran construcciones eminentemente jurídicas, y por ende sociales, que buscan dar solución a conflictos de masa en beneficio de las personas que se encuentren comprendidas en el conjunto afectado (o en riesgo) y también para aquellas que en el futuro lo estén, de modo de permitir mayor seguridad jurídica, estabilidad y una proyección de la decisión judicial a situaciones análogas.

Cambiamos por un momento de ejemplo y hablemos del medio ambiente, ya que el acceso al aborto es un tema que suele irritar determinadas idiosincrasias y clausurar todo posible intercambio de ideas. Si el proceso colectivo se encargara de tratar la situación de un grupo de vecinos de un lugar afectados en su salud por un determinado agente contaminante de la zona, en principio la clase quedaría comprendida por aquellos que viven en ese lugar y tengan problemas en su salud derivados de esa contaminación. Pero también la integrarán las personas que, viviendo en el lugar, manifiesten sus patologías en el futuro, así como aquellas que residiesen en otro sitio al promoverse el

⁶ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 419 U.S. 393 (1975). Se trató de un caso en el cual se cuestionó una ley del Estado de Iowa que exigía un año de residencia previa antes de iniciar la petición de divorcio. Allí se dijo que en virtud de que quienes planteaban en el caso representaban los intereses de otras personas en su misma situación, no obstante que al momento de dictar la sentencia hubieran cumplido con el plazo legal, la cuestión no se tornaba abstracta.

proceso colectivo pero con posterioridad decidieran mudarse al ámbito geográfico especificado y resulten, por tanto, también afectadas por la contaminación.

Por todo lo expuesto hasta aquí, el argumento de la sentencia según el cual *"no se ha individualizado sujeto en particular alguno sobre la base del cual se pueda construir la clase"* (argumento que sigue a la conclusión transcrita al inicio de este apartado), es lisa y llanamente absurdo. No puede pensarse que ya no habrá violaciones en el futuro, o que no existirán situaciones de embarazo que pongan en riesgo la vida o la salud de la mujer. Además, la discusión sobre el protocolo –como se explicó– excede el tiempo vital que demanda la solución de los casos individuales comprendidos dentro de la clase representada por los legitimados colectivos.

Finalmente, cabe destacar que una interpretación que exigiera la individualización de todos los miembros del grupo iría en contra de una de las principales razones de ser de las acciones colectivas, como es actuar en beneficio de personas que ni siquiera saben que sus derechos están siendo afectados. Ello sin contar con que tornaría prácticamente imposible cualquier postulación colectiva.

III. La vía procesal y una clara denegación de justicia

El deslinde entre la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) y el proceso de amparo en la Ciudad de Buenos Aires muchas veces es difícil de realizar. Especialmente en este tipo de casos colectivos. Sin embargo, recordemos que cuando la ADI fue instaurada, *"la cuestión de mayor relevancia que debía esclarecerse, dado que en ello se sustentaba la dinámica propia de la herramienta, era si se trataba de un ejercicio en abstracto o vinculado a un "caso" o relación jurídica concreta"*. En su tiempo, al reglamentar las previsiones constitucionales *"la ley no fue contundente en este punto y tampoco lo fueron los debates parlamentarios en los que se discutió su sanción, sin embargo la interpretación de su articulado permitirá concluir que se trata de una acción abstracta de control de constitucionalidad"*. Y ello es así dado que *"el art. 19 de la ley 402, al establecer los recaudos de la demanda, no exige en ninguno de sus cinco incisos la exposición de los hechos en los que se funda la misma o la demostración de la existencia de una relación jurídica sustancial"*⁷.

Esto nos lleva necesariamente a analizar el objeto de la pretensión articulada en la demanda de las organizaciones de derechos humanos, con personería unificada en la

⁷ SALGADO, José María, *"La acción de inconstitucionalidad"*, en FALCÓN, Enrique M. (Dir.) *"Tratado de Derecho Procesal Constitucional"*, T° I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2010, p. 1035.

Asociación por los Derechos Civiles (ADC).⁸ Allí puede verse que no sólo fue solicitada una sentencia declarativa de inconstitucionalidad de diversos artículos de la Resolución 1252/12 sino también una clara pretensión de condena, a saber: “*Como remedio, solicitamos a V.S. que se ordene al GCBA a adecuar los puntos cuestionados de la Resolución mencionada de conformidad con los estándares de derechos humanos que se desarrollarán en esta presentación y en los términos expuestos en el apartado VIII del presente*” (ver al final de este trabajo un ANEXO con las partes pertinentes del escrito de demanda).⁹

Llegados a este punto cabe recordar la interpretación que ha realizado el STJ de la CABA con relación a la admisibilidad de la ADI. En este sentido, y en consonancia con la señalada naturaleza meramente declarativa y abstracta del mecanismo, se ha resuelto que “*no es posible acumular a la pretensión declarativa de inconstitucionalidad pretensiones condenatorias*”.¹⁰ El STJ ha sido sumamente claro en este sentido, aclarando también que “*La inclusión incidental de una cuestión constitucional como fundamento jurídico de la pretensión de condena no convierte a la acción en aquella prevista en el inciso 2º del art. 113 CCBA, pues es menester que el objeto de ésta sea el control abstracto de constitucionalidad*”.¹¹

Tenemos entonces que, en base a la jurisprudencia del STJ, el caso no podría haber sido nunca promovido por vía de ADI si pretendía llegar a buen puerto. Ello por cuanto la demanda de una de las causas acumuladas (la promovida por las organizaciones de derechos humanos) contiene una pretensión de condena: adecuación del protocolo, fundada en la inconstitucionalidad de la Resolución que lo aprobó.

Más allá de que se pueda discutir si la vía del amparo era la más adecuada para promover el caso, lo cierto es que de ninguna manera puede afirmarse que se trataba de pretensiones que debían ventilarse por vía de ADI. Sucede que –vale insistir– la función específica de esta última queda limitada a la invalidación del precepto legal cuestionado, y en el caso, concomitantemente, la demanda contenía una pretensión

⁸ El caso fue promovido por ADC, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI).

⁹ En el apartado VIII del escrito de demanda, al cual se remite en el OBJETO, se solicitó una condena destinada a obtener la regulación positiva de diversas cuestiones, siempre en línea con los estándares internacionales que gobiernan la materia y con el precedente “*F.A.L.*”.

¹⁰ STJ en autos “*Gabas, Alberto Anibal c/ GCBA s/ ADI*”, sentencia del 16/06/99 y en autos “*Federación Argentina de Box c/ GCBA s/ ADI*”, sentencia del 16/06/99, entre otros

¹¹ STJ en autos “*Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ADI*”, sentencia del 30/11/00.

positiva o de condena consistente en la adecuación de la normativa local a los estándares convencionales y constitucionales ya establecidos en el *leading case* federal operativo en la materia: “*F.A.L.*”.

Más aun, de una atenta lectura del fallo puede concluirse que existió de parte del Tribunal una errónea lectura del objeto de la demanda al referirse a éste en los considerandos de la sentencia. Un error que derivó en presentar el alcance de la pretensión actora como una pretensión exclusivamente declarativa, lo cual sirvió de premisa para aplicar la doctrina de la ADI y, de ese modo, rechazar el caso sin entrar a analizar el fondo del asunto.

En otras palabras: si la sentencia hubiera tenido en cuenta la pretensión de condena que acompañaba la de inconstitucionalidad en la demanda de las organizaciones de derechos humanos, hubiese sido imposible sostener que la ADI era la vía procesal que debía utilizarse.

Como puede observarse en el considerando II de la sentencia, la CCAyT afirma que la demanda se planteó *"a fin de que se declare “la inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la resolución 1252/GCBA/MSGC/12, en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a) y (b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20, que 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” (fs. 1/45 del expediente 46062/0)*". Del tercer párrafo del objeto de dicho escrito de demanda, transcripto en el segundo párrafo de este apartado, no se dijo absolutamente nada.

Este error se confirma en la sentencia cuando más adelante apunta que *"como primera medida corresponde precisar que no existe controversia en torno a la determinación del objeto y el alcance del pronunciamiento que pretenden los actores: la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general –la Resolución 1252/2012, en diversos artículos- con efectos erga omnes. Tal como lo reconocen y expresamente solicitan, la pretensión se encuentra dirigida -de modo exclusivo- a la pérdida de vigencia de una norma de carácter general..."* (considerando VIII).

Lo expuesto nos lleva a sostener que también es una falacia el argumento de la sentencia según el cual el rechazo del amparo no provocaría una denegación de justicia. Sobre esta cuestión la sentencia sostiene que *"Para la resolución del conflicto –y a fin de despejar dudas acerca si el hecho de desestimar la vía del amparo no implicaría*

someter a los actores a una falta de acceso a la justicia- es necesario dejar sentado que el régimen jurídico de la Ciudad de Buenos Aires contiene una acción para dar curso a su pretensión" (considerando IX). Sin embargo, como hemos visto, la vía alternativa que propone la decisión (la ADI) era manifiestamente inadmisibles porque el caso contiene también una clara pretensión de condena orientada a adecuar positivamente la reglamentación local impugnada.

La denegación de justicia se evidencia también en el hecho que la CCAyT demoró un total de 28 meses en dictar la sentencia que comentamos para (no) resolver las apelaciones contra la decisión de primera instancia (el expediente fue elevado a la Cámara en Agosto de 2013 y la sentencia que comentamos fue dictada a fines de diciembre de 2015).

En otro orden, si tenemos presente que el caso versa sobre derechos fundamentales que involucran, además, a un grupo altamente vulnerable de la sociedad, no parece razonable que un supuesto error sobre la vía de debate (en un contexto de ausencia de regulación sobre los procesos colectivos) impida el abordaje y tratamiento del fondo del asunto. Máxime cuando toda la elaboración argumental realizada en la sentencia, incluso imaginando un contenido del escrito de demanda que no era tal, derivó en la revocación de un fallo de primera instancia que había hecho lugar a gran parte de las pretensiones. ¿Alguien, quizás, podrá sostener que el juez de primera instancia fue quien imaginó la pretensión en base a la cual pudo dictar el fallo? Responder el interrogante es casi una redundancia.

Doctrinas como las del exceso ritual manifiesto, *in dubio pro actione*, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, interpretación constitucional en caso de grupos vulnerables involucrados, y responsabilidad internacional del Estado por violaciones convencionales, entre otras, podrían haber acudido en ayuda para resolver argumentalmente cualquier obstáculo formal que impidiese avanzar sobre el tratamiento de la cuestión de fondo. Pero, aparentemente, esa no era la impronta.

IV. El contexto convencional y jurisprudencial que agrava los errores

El 13 de marzo de 2012 la CSJN se pronunció en el citado caso “*F.A.L.*.. Allí reinterpretó el art. 86, inc. 1° y 2° del Código Penal, una norma vigente desde 1921, y acordó nuevos contornos al aborto no punible. En especial, dejó en claro los estándares a considerar para efectuar la práctica en supuestos en que el embarazo era el resultado de una violación.

Al llegar el planteo al Máximo Tribunal la intervención médica para interrumpir el embarazo ya había sido concretada. Es por eso que la Corte sostuvo que el caso era una excepción dentro de los casos abstractos, estimando que la rapidez en su desenlace y la futura repetición de casos análogos la autorizaban a expedirse igualmente sobre la cuestión ya que de otra forma esa clase de conflictos quedaría siempre fuera de su jurisdicción (cfr. consid. 5° de la mayoría).

La cuestión federal (art. 14, inc. 3° de la Ley N° 48) se planteó en el caso vinculada con la armonización de la normativa constitucional y convencional con el derecho común –art. 86, inc. 2° del Código Penal- y condujo a la CSJN a definir, haciendo una interpretación amplia del precepto, que el aborto no es punible cuando el embarazo se originó en una relación sexual no consentida (ver especialmente los considerandos 14° y 15° de la mayoría).

La Corte efectuó una declaración de inconstitucionalidad de tipo interpretativa, pues fijó que la hermenéutica restrictiva de los supuestos de aplicación del precepto penal era contraria a una aplicación válida de la normativa constitucional y convencional. A raíz de ello, la norma sólo puede seguir operando si se efectúa su interpretación conforme a dicho bloque de constitucionalidad.

A la par afirmó que, en virtud del principio de reserva (art. 19 de la C.N.), no es necesaria una autorización judicial previa ni una denuncia policial para acceder al aborto en esos casos. Es claro que los efectos de la decisión abarcarían todos los casos análogos que se suscitaran en el futuro. O al menos esa parece haber sido la intención de la CSJN. No sólo porque el conflicto que motivó el pronunciamiento ya había encontrado un desenlace, sino porque la fijación de estándares y la exhortación al dictado de protocolos para el acceso al ANP sólo puede responder a esa finalidad. Entendemos indudable que el objetivo del Tribunal fue fijar la pauta de conducta convencional y constitucional para todos los órganos jurisdiccionales inferiores (federales, nacionales y provinciales), así como también para la administración pública nacional, provincial y municipal a fin de no frustrar el debido ejercicio del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo en casos futuros.

El grado de acatamiento del precedente, sin embargo, fue muy bajo. Es más, a la luz del fallo en comentario y del relevamiento efectuado en los distintos estados provinciales tres años después de su dictado, puede concluirse que “*F.A.L.*” fue el comienzo de la lucha por su efectiva implementación. En dicho relevamiento, cuya última actualización data del año 2015, se constató que: (i) nueve jurisdicciones no

contaban con protocolos: Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán y la jurisdicción nacional; (ii) ocho regulaban los permisos con exigencias que podían dificultar el acceso al ANP: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta; y (iii) tan solo ocho, un tercio del total, habían instrumentado protocolos que se corresponden en buena medida con lo dispuesto por la CSJN: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego.¹²

V. Cierre

El precedente “*F.A.L.*” provee una interpretación para el ejercicio de derechos de carácter federal y convencional, efectuada por el último intérprete de la Constitución Nacional, cuya obligatoriedad fue fijada expresamente por uno de los poderes del Estado argentino. Su contexto de aplicación es sumamente concreto y, por si fuera poco, el Máximo Tribunal exhortó entonces al Estado Nacional y a los Estados locales a que sancionen protocolos que regulen el efectivo acceso al ANP, así como a los poderes judiciales para que no obstruyan el acceso a los servicios de sanidad. Es decir que se trata de una obligatoriedad convencional y constitucional bien tangible y puesta por escrito que, sin embargo, la sentencia que comentamos deliberadamente omitió considerar. La expresión jurisdiccional contiene: (i) serios errores conceptuales en torno a lo que significa una “clase” en el campo de la tutela colectiva de derechos; y (ii) deficiencias relevantes en la lectura e interpretación del alcance de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Esto es grave. Casi tan grave como el problema de fondo que no se abordó.

ANEXO

(citas internas omitidas)

II. OBJETO

Venimos a interponer acción de amparo colectivo en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CCABA), 43 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y artículos concordantes de la Ley 2.145, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) -Ministerio de Salud- ,con el domicilio constituido en la sede de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires (Uruguay 458 de esta ciudad), a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la Resolución 1252/GCABA/MSGC/12 (en adelante “Resolución” o “Resolución 1252/12”), en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a) y (b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20 que 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.

¹² Ver el informe “*Acceso al aborto no punible en Argentina: estado de situación. Marzo 2015*”, Asociación por los Derechos Civiles (ADC) (disponible en <http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/03/Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>, última visita el 30/07/16).

Tal como se demostrará en este escrito, la incorporación de esos requisitos ilegítimos en la Resolución mencionada configuran una clara violación a los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la integridad física y psíquica, a una vida libre de violencia y a la dignidad en condiciones de igualdad y no discriminación, todos reconocidos en la CCBA, en la CN, en leyes locales (como la ley básica de salud N° 153; la ley de salud reproductiva y procreación responsable N° 418, y en el caso la salud de niñas y adolescentes, los arts. 6, 22 y 23 de la ley N° 114), en leyes nacionales (como la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres N° 26.485, la Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes N° 26.061, la Ley de salud mental N° 26.657, la Ley sobre salud sexual y procreación responsable N° 25.673, y la Ley de derechos del paciente N° 26.529), así como en diversas disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que se citarán en esta presentación. Asimismo, la incorporación de tales requisitos desconoce los claros términos de la exhortación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) realizó en el fallo “F., A. L.” a las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires de *“implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”*.

Como remedio, solicitamos a V.S. que se ordene al GCBAa adecuar los puntos cuestionados de la Resolución mencionada de conformidad con los estándares de derechos humanos que se desarrollarán en esta presentación y en los términos expuestos en el apartado VIII del presente.

En definitiva, lo que venimos a cuestionar es un acto administrativo que traerá aparejado nuevos problemas a miles de niñas, adolescentes y mujeres que lo que deben obtener del Estado es una respuesta y atención adecuada a la gravedad de la situación que enfrentan. El Poder Judicial tiene un rol esencial en este camino, ya que de no intervenir en el presente, igual les cabrá la responsabilidad de resolver las consecuencias de esta Resolución en la vida de las personas que se vean afectada por ella.

Por último, toda vez que se ven afectados derechos fundamentales de las mujeres, y que se encuentra en juego la responsabilidad internacional del Estado, solicitamos a V.S. que dicte como medida cautelar la suspensión de los requisitos cuya legitimidad se cuestionan hasta tanto recaiga una resolución definitiva en estas actuaciones de conformidad con lo que expondremos en el apartado IX de este escrito.

(...)

VIII. REMEDIOS

Por todas las razones expuestas, solicitamos a V.S. que declare la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas de la Resolución 1252/12 y que ordene al GCBA a adecuar dichas disposiciones de acuerdo con los estándares de derechos humanos expuestos en esta presentación. Estos estándares son respetados en la “Guía Técnica de Atención Integral de Aborto no Punibles”, salvo en lo relativo al consentimiento de mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial; en relación a este último tema solicitamos una reglamentación acorde a los argumentos desarrollados en el apartado VII.1.c de esta presentación.

Una regulación razonable y respetuosa de los derechos fundamentales de todas las mujeres sin discriminación y acorde con los parámetros establecidos por la CSJN en el caso “F.,A.L.” debería ser la siguiente:

En primer lugar, reconocer el permiso para el aborto no punible cuando esté en peligro la salud integral de la mujer sin exigir que ese peligro esté calificado como grave o inminente. Además, reconocer el permiso en todos los casos de violación sin importar la capacidad jurídica de la mujer.

En segundo lugar, asegurar que la verificación de la causal (ya sea peligro para la salud, para la vida o violación) se dé entre el profesional interviniente y la solicitante de la práctica. Cualquier regulación que exija la intervención de más de un profesional en este proceso representa un requisito arbitrario según fue argumentado.

En tercer lugar, asegurar el reconocimiento del consentimiento a niñas y adolescentes mayores de 14 años de acuerdo a lo establecido a la Convención sobre Derechos del Niño y leyes concordantes.

En cuarto lugar, asegurar el reconocimiento del consentimiento de mujeres con discapacidad con los sistemas de apoyos y salvaguardias que pudiera requerir e incluso cuando existiera una declaración de insania.

En quinto lugar, no imponer regulatoriamente límites gestacionales a la práctica del aborto no punible, que en nuestro sistema jurídico está permitido en base a causales y no en base a plazos, como ocurre en otros países.

En sexto lugar, que la objeción de conciencia se reconozca siempre y cuando no impida el ejercicio del derecho al aborto no punible. Esto es, y de acuerdo con “F.,A.L.”, que la objeción de conciencia no pueda ejercerse cuando no haya otro profesional dispuesto hacer la práctica y en casos de urgencia. Además, la objeción de conciencia deberá ser manifestada al momento de entrar en vigencia el nuevo protocolo o al momento del inicio de las actividades en nuevo establecimiento de salud.

La violaciones a derechos denunciada debe ser revertida en lo inmediato y requiere de una solución que la demandada no ha tenido la voluntad de proveer hasta el momento. La legislación nacional pertinente se encuentra vigente desde hace 91 años. El fallo “F., A. L.” de la CSJN, destinado a evitar los obstáculos burocráticos a la práctica del aborto no punible, como interpretación del más alto tribunal sobre los derechos constitucionales en pugna, fue ignorado por la administración porteña. Ello justifica una intervención de V.S. tendiente a activar, en primer lugar, mecanismos deliberativos capaces de arribar a soluciones consensuadas a este complejo problema de carácter colectivo. Si ello no funciona, -teniendo en cuenta la actitud renuente del GCBA a cumplir lo dispuesto por la CSJN en el fallo “F., A.L.”, V.S. debería entonces activar mecanismos deliberativos luego de pronunciarse favorablemente sobre el fondo de la cuestión aquí planteada, a fin que la demandada cumpla con sus mandatos.

Este pedido se basa en las siguientes consideraciones.

Como consecuencia del rol que ocupa en el sistema republicano de gobierno así como por las obligaciones asumidas por el Estado Nacional al ratificar los tratados de derechos humanos (obligaciones, por cierto, que recaen sobre los tres poderes del Estado), el órgano judicial debe asumir una actitud activa con el fin de evitar que su decisión se torne inexistente.

En nuestro caso, la adecuación del subsistema público de salud de la Ciudad de Buenos Aires, así como la educación y concientización públicas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos a la salud, a la vida sin violencia, a la autonomía, a la igualdad de las mujeres, requieren de la definición de un modo de implementación.

De allí que la decisión de V.S. no debería reducirse a la determinación de la violación del derecho o la mera remisión a otros poderes del Estado, sino que también debería comprender el establecimiento de un mecanismo para “asegurar” la eficacia de la decisión judicial que sea alcanzada, asumiendo que la única opción posible es que se dicte un pronunciamiento favorable a nuestra pretensión.

La experiencia en Argentina ha demostrado que la magistratura tiene un amplio margen de actuación que debe cumplir para garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo. Tal como sucede en otros países hace ya varios años, los integrantes de la magistratura han ido reconociendo gradualmente la necesidad de establecer instancias pro activas de implementación de sentencias en materia de derechos fundamentales que se diferencian o complementan con aquellas que tienen por eje el impulso de otras medidas de ejecución como la imposición de multas ante el incumplimiento de la sentencia o la remisión de las actuaciones a la justicia penal para la investigación de las autoridades responsables por la desobediencia de las decisiones de la justicia.

En concreto, en estos casos, el poder judicial luego de examinar la política o la situación de hecho a la luz de estándares legales y de definir en su caso que esa política o estado de cosas no se ajusta a los estándares jurídicos, no se limita a declarar esa contradicción, sino que además establece un mecanismo para verificar si el poder político modifica la situación de “violación de derechos” declarada.

En el caso “Viceconte”, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió ejercer un rol activo en pos de lograr el efectivo cumplimiento de una sentencia que ordenaba la fabricación de una vacuna contra la Fiebre Hemorrágica Argentina y diseñó para ello un mecanismo de seguimiento y ejecución de la sentencia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha emprendido diversos caminos para encontrar una solución a problemas complejos que se presentaron para su decisión. En el caso “Verbitsky”, por ejemplo, el tribunal resolvió ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires la creación de una *mesa de diálogo* tendiente a encontrar una solución al complejo problema del hacinamiento en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, la Corte Suprema resaltó el valor de las audiencias que fijó como directora del proceso judicial “para tratar de encontrar en esa instancia de diálogo una propuesta consensuada y viable que permitiera allanar el camino para superar el conflicto.” (“Verbitsky”, op. cit. cons. 30).

Además de observar audiencias citadas como herramientas previas al fallo y mesas de diálogo o trabajo para la ejecución de sentencias, vemos que en la actualidad la Corte utiliza estos instrumentos particularmente en casos colectivos como el presente.

En la causa “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparos y sumarisimos” (D. 45. XLV) con motivo de la determinación del destino de fondos de la ANSES, el tribunal cita trimestralmente, como medida de mejor proveer, al titular del organismo previsional administrativo, Diego Bossio, para que informe sobre la aplicación de activos del organismo y ejecución de su presupuesto, a fin de determinar si fueron violados derechos del colectivo de jubilados argentinos.

Por su parte, en el caso “Mendoza”, que trata sobre la contaminación del Riachuelo, la Corte resolvió solicitar información variada a empresas privadas y al Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires, a los que les exigió presentar un plan de saneamiento del río contaminado. Asimismo, en esa oportunidad, dispuso convocar a una audiencia en la cual “*las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido*” de la información y el plan solicitado por el tribunal.

En síntesis, la Corte estableció en sus sentencias, a partir de las facultades de dictar medidas de mejor proveer contenidas en el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, objetivos a alcanzar a través de un programa de intervención que contiene acciones concretas y un estricto cronograma y mecanismo de cumplimiento.

En la justicia de la Ciudad, en el caso “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, se resolvió convocar a una audiencia para arribar a una solución consensuada al grave problema de la falta de vacantes en la educación pública a cargo de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, dicho caso culminó con la firma de un acta entre el Gobierno de la Ciudad y la organización actora por medio del cual el Gobierno porteño se comprometió a desarrollar un plan de obras progresivo tendiente a satisfacer la demanda educativa de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires.

Por su parte, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad, dispuso la celebración de audiencias como medida de mejor proveer, en el marco de sus facultades ordenatorias e instructorias del proceso conferidas por el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

Asimismo, la Sala I de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario resaltó que “*las llamadas ‘medidas para mejor proveer’ son quizás el instrumento básico del juez para asegurarse el conocimiento de la verdad real en el pleito, y que se concretan por lo general en diligencias probatorias de diversa índole, resueltas de oficio sin perjuicio del respeto a los derechos de las partes*”.

En síntesis, en los precedentes citados, el órgano judicial asumió una actitud activa con el fin de conducir el proceso, preservar el espacio sobre el que habría de decidir y luego evitar que su decisión se torne inexistente. Para ello dispuso órdenes precisas con plazos perentorios, y mecanismos de seguimiento, información, y trabajo para alcanzar la decisión judicial y luego controlarla, sobre la base del derecho a un recurso judicial efectivo.

En base a los precedentes y la situación ya expuesta, se requiere de una solución que el poder político ha sido incapaz de encontrar, lo que justifica una intervención de V.S. tendiente a activar mecanismos deliberativos capaces de arribar a soluciones consensuadas a este complejo problema de carácter colectivo.