



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PRO FAMILIA ASOCIACION CIVIL contra GCBA Y OTROS sobre IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS”, Expte: EXP 31117/0

///dad Autónoma de Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que el presidente de la ASOCIACIÓN CIVIL PRO FAMILIA promueve demanda ordinaria de nulidad de la resolución 1174-MSGC-07 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Ministerio de Salud-, por considerar que dicho acto posee graves vicios que lo tornan nulo de nulidad absoluta e insanable.

Al respecto, manifiesta que la resolución que aquí se ataca ya fue motivo de impugnación por parte de la propia actora en sede administrativa, como así también por otra entidad de la sociedad civil (CORPORACIÓN DE ABOGADOS CATÓLICOS). Expresa que tales planteos fueron desestimados mediante la resolución 453-MS-08, la cual, a su entender, abordó sólo en forma escueta la problemática sustancial planteada.

Refiere que las normas vigentes en nuestro país garantizan, sin excepción alguna, el derecho a la vida de las personas desde el momento de su concepción y que la preceptiva reglamentaria que aquí se impugna amenaza gravemente dicho derecho, ya que conlleva un intento de reglamentar aunque sea implícita o indirectamente las modalidades de aplicación del artículo 86, incisos 1º y 2º del Código Penal dentro de los hospitales públicos de esta ciudad o, al menos, de “complementarlo”.

En este sentido, entiende que la administración local carece de facultades para ello, pues es el Poder Ejecutivo Nacional el único con potestad reglamentaria respecto de leyes dictadas por el Congreso de la Nación. Indica, asimismo, que el reglamento objeto de impugnación supone una injerencia en la órbita de actuación del poder judicial, al que compete de manera privativa la interpretación y aplicación de las normas del ya citado código de fondo; al tiempo que viola los regímenes de representación de incapaces y de la minoridad.

Argumenta que los supuestos de “no punibilidad” del mentado artículo 86 se encuentran derogados por la entrada en vigencia de legislación posterior de mayor rango.

Cuestiona la actuación del equipo disciplinario que crea el propio reglamento, porque dice que importa la institución de un régimen “parajudicial” constitucionalmente vedado, y que el carácter vinculante del dictamen de dicho comité resulta violatorio de la libertad profesional del médico al que le toque intervenir en un caso en concreto. En ese marco, peticiona el dictado de una medida cautelar que ordene a la demandada suspender los efectos de la resolución 1174-MSGC-07.

2. Que en cuanto a la medida cautelar solicitada cabe recordar que las medidas de esta especie tienden a impedir que durante el lapso que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento definitivo sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución. Su procedencia se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien la solicita y el peligro en la demora que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia se torne inoperante por el transcurso del tiempo (cfme. Sala II del fuero, en autos “*La Rueda Porteña SACIFIA c/ GCBA s/ otros procesos incidentales*” expte. n° 4073/1).

Que el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (ley 189, en adelante, CCAyT) establece que “[l]as medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, aunque lo peticionado

coincida con el objeto sustancial de la acción promovida". Y que "[q]uien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes".

A su turno, el artículo 189 del CCAyT dispone que "[l]as partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión."

3. Que, previo a todo, ha de recordarse que la Corte Suprema ha dicho que "la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica" (Fallos: 314:711, consid. 2º; 306:2060, consid. 6 y 7) y que en ciertas ocasiones, tal como ocurre con las medidas de no innovar y en las cautelares innovativas, existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al Tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, sin que quepa desentenderse del tratamiento de tales alegaciones so color de incurrir en prejuzgamiento (Fallos: 320:1633, considerando 91, citado por la Sala 2 de la Cámara del fuero al resolver en autos "Asociación Civil Casa Amarilla 2005 contra GCBA y otros sobre recusación [ART. 16 CCAYT], Expte. 29564/1, el 13 de junio de 2008).

Así, reseñados los hechos relevantes de la causa y los elementos a tener en cuenta para la resolución de la medida cautelar solicitada cabe adelantar que no se advierte -en el estado larval en que se halla el proceso- que se encuentren configurados los aludidos requisitos para su procedencia.

En efecto, al cabo de un análisis preliminar de la cuestión y sin perjuicio del escrutinio profundo que otros aspectos del proceso -tales como legitimación de la actora, elementos de prueba producidos, etc.- merecerán en el momento oportuno, considero que no concurriría en la especie uno de los principales argumentos esbozados como sostén del planteo precautorio de la demandante, esto es, la alegada incompetencia del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad para el dictado de la resolución impugnada.

Así, de una lectura del contenido de sus disposiciones generales, con el prisma característico de las medidas como la aquí peticionada, surgiría que se trata de un acto de alcance general dictado con el propósito de organizar el procedimiento a seguir en el marco de los efectores de salud porteños ante los supuestos especiales de aborto -terapéutico y eugenésico- contemplados en una norma nacional (art. 86 del CP).

Sobre el punto no puede perderse de vista que los artículos 20 a 22 de la Constitución de la Ciudad (en adelante, CCABA) ponen en cabeza del Gobierno una serie de responsabilidades en materia de salud en los términos de una Ley Básica (ley 153), que a su vez ha dispuesto que su autoridad de aplicación "es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud" (artículo 8) y detallado que sus funciones son conducir, controlar y regular el sistema de salud (artículo 12).

De ello no se desprendería automáticamente -como pretende la actora- la invocada reglamentación de los derechos constitucionales citados y desarrollados en el escrito de inicio. Es decir, que se trataría de una disposición con alcances *intra* administración, y no de lo contrario. En efecto, la norma establece el orden que deberá respetar el procedimiento de intervención médica, y demás aspectos de funcionamiento interno del sector hospitalario, al tiempo que fija pautas de conducta para los profesionales involucrados.

De tal modo, no se advierte que el reglamento cuya nulidad se persigue lesione o restrinja derechos de particulares, por lo que no se observaría -en este estado- el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

inconstitucional desborde de competencia por parte de la autoridad emisora de la norma que denuncia la actora.

En ese orden, ha de recordarse que calificada doctrina señala que los reglamentos autónomos pueden ser admitidos “*para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.)*” (GORDILLO, AGUSTÍN; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, Buenos Aires, FDA, 2003, 8va. edición, p. VII-36).

4. Que respecto de otro de los argumentos esgrimidos por la actora para fundar la nulidad de la resolución 1174-MSGC-07 –y consecuentemente la verosimilitud en el derecho necesaria para el dictado de la cautelar requerida-, consistente en que “*el carácter vinculante del dictamen del equipo interdisciplinario es violatorio de la libertad profesional del médico al que toque intervenir*”, corresponde señalar que la actora no se encontraría –en principio- en una situación jurídica subjetiva que la habilite a accionar respecto de las hipotéticas lesiones que se invocan respecto a la investidura o alcances del desempeño profesional de los galenos eventualmente involucrados en futuros casos concretos de las prácticas médicas en cuestión.

En efecto, sin perjuicio de que la defensa de la “*libertad profesional*” de los médicos no figura entre los propósitos sociales de la actora (ver fs. 31 vta./32 vta.), cabe destacar que por las particulares características de la invocada afectación –que hace a la esfera individual profesional- su tratamiento requeriría en principio de un planteo por parte de quien se encuentre más claramente legitimado para ello.

Así, se ha afirmado que se debe evitar admitir legitimados colectivos en representación de intereses que no son colectivos, y que lo primero que corresponde descartar, antes de otorgar la legitimación especial expandida, es que los derechos invocados sean individuales, más allá de que se los haya presentado bajo el rótulo de “colectivos” (CSJN, considerando 11 del voto de la Dra. CARMEN ARGIBAY en autos “*Mujeres por la Vida – Asociación Civil*”, resueltos el 31 de octubre de 2006).

En esa inteligencia, la jurisprudencia correspondiente a la actual integración de la CSJN ha precisado que la legitimación amplia concedida por el artículo 43 de la CN a las asociaciones, lo es exclusivamente para supuestos en que litiguen en defensa de derechos de incidencia colectiva y no de derechos de exclusivo carácter individual de sus integrantes (“*Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/Estado Nacional – Secretaría de Energía de la Nación*”, del 4 de septiembre de 2007).

A todo evento, resta puntualizar que el Capítulo V del reglamento impugnado prevé la posibilidad de que los profesionales intervinientes puedan invocar su objeción de conciencia respecto de la práctica, con el recaudo de que ella se manifieste “*con suficiente antelación*” a efectos de que se “*garantice el acceso efectivo y oportuno a las prestaciones requeridas*” (artículos 17 y 18 del Anexo de la resolución 1174-MSGC-2007).

Finalmente, entiendo que el examen de las demás cuestiones traídas a este estrado por la parte actora, requiere de un debate más amplio que el característico de la clase de medidas como la solicitada ya que, más allá de las manifestaciones vertidas por la accionante en su escrito de inicio, no es posible contar con los elementos necesarios para decidir, por ejemplo, sobre las irrazonabilidades alegadas o la invocada derogación de la norma nacional cuestionada.

5. Que si bien la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del fuero ha sostenido que los dos presupuestos de las medidas cautelares mencionados más arriba se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del daño y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del *fumus* se puede atemperar (en este sentido, Sala II, *in re* “*Banque Nationale de París c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]*”, expte. EXP-6, del 21/11/2000 y Sala I, en autos “*Ticketec Argentina S.A. c/GCBA*” del

17/7/2001), lo cierto y concreto es que ambos extremos deben hallarse –aún en grado mínimo- presentes en el caso.

De este modo, atento a lo concluido en los considerandos precedentes respecto a la falta de concurrencia del requisito de la verosimilitud en el derecho, no resultaría necesario expedirse respecto de peligro en la demora (Sala II al resolver en autos “*Angelini, Luis Alfonso contra GCBA sobre revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.*”, Expte: RDC 693/0, el 16 de marzo de 2004).

Ello no obstante, es dable recordar que dadas las características del acto cuya suspensión se persigue –esto es, su condición de reglamento de tipo organizativo y funcional-, no revistiría entidad para generar *per se* los efectos directos que le adjudica la actora. Frente a esta última situación, la presente decisión no obstaría a los eventuales cuestionamientos que, por la vía correspondiente y por quiénes estuvieran legitimados al efecto, pudieran realizarse ante una situación puntual.

En mérito a lo expuesto, **RESUELVO:** Rechazar la medida cautelar solicitada. Regístrese y notifíquese a la actora por SECRETARÍA. **Fdo. GUILLERMO SCHEIBLER. Juez.**

*Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°14
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires*

Fallo confirmado por la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones, conforme el resolutorio que se reproduce a partir de la página siguiente.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PRO FAMILIA ASOCIACION CIVIL CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”, EXPTE: EXP 31117 / 1

Buenos Aires, 29 de mayo de 2009.

Y VISTOS:

Estos autos, que han sido elevados a conocimiento del tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (a fs. 236, fundado a fs. 238/47) contra la resolución obrante a fs. 231/3.

I. La parte actora promovió acción contra el Gobierno de la Ciudad con el objeto de impugnar la resolución n° 1174/MSGC/2007.

La accionante solicita la declaración de nulidad del acto cuestionado por cuanto considera que —en síntesis y entre otros vicios que aduce— el Ministerio de Salud de la Ciudad resulta incompetente para regular la materia toda vez que se trata de la reglamentación de uno de los códigos de fondo dictados por el Congreso de la Nación; el régimen impugnado sustrae la cuestión del conocimiento judicial y, a su vez, impide la intervención del Ministerio Público Tutelar.

Asimismo solicitó que, con carácter cautelar, se suspenda el acto impugnado (fs. 1/17).

El señor juez de primer grado no hizo lugar a la medida cautelar solicitada. Esta decisión fue cuestionada por la parte actora —a tenor de los fundamentos vertidos en su memorial—, circunstancia que motiva la intervención de esta alzada.

Hallándose radicadas las actuaciones ante estos estrados la parte actora solicitó la fijación de una audiencia (fs. 259) —que fue celebrada según surge de las constancias de fs. 264—, durante la cual la peticionante expuso ante el tribunal los fundamentos que sustentan la pretensión precautoria.

La señora Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 255/7, propiciando que no se haga lugar a los agravios y, en consecuencia, se confirme la decisión apelada; y a fs. 271/80 se expidió el Ministerio Público Tutelar, quien también sostuvo que, en su criterio, corresponde desestimar el recurso.

II.1. De los fundamentos del acto cuestionado se desprende que el art. 86 del Código Penal establece los supuestos en los cuales el aborto se encuentra despenalizado, por correr peligro la vida o la salud de la mujer (inc. 1) —aborto terapéutico— y cuando el embarazo es fruto de una violación cometida sobre una mujer con discapacidad mental (inc. 2) —aborto eugenésico—.

La resolución señala que la normativa citada no obliga al profesional de la salud a solicitar autorización, requiriéndose exclusivamente el consentimiento de la mujer. Pero, sin perjuicio de ello, existe un fuerte temor a efectuar las prácticas abortivas no punibles, por lo cual los médicos de todos modos requieren autorización judicial para llevar a cabo el aborto.

El acto continúa expresando que el requerimiento de autorización judicial da lugar a demoras, en algunos supuestos irreversibles, desvaneciendo el pleno goce del derecho a la vida y la salud de la mujer.

Puntualiza que la despenalización del aborto, en los términos del art. 86, C.P., intenta resguardar los bienes jurídicos en pugna, acorde a los derechos humanos básicos reconocidos y protegidos por la legislación interna de nuestro país, como así también los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.).

Señala, a su vez, que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación acerca de 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”; y recomienda que “...en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención...”.

Enfatiza que el Estado debe garantizar en sus diversos aspectos, y proteger en la mayor medida posible, el bien jurídico salud. En este orden de ideas, atento a que la legislación de fondo no menciona el procedimiento a seguir por los médicos para efectuar la maniobra abortiva, expresa que es necesario diseñar e implementar acciones positivas desde el Ministerio de Salud.

El acto puntualiza, en tal sentido, que el abordaje de las vías de acción debe contemplar las dimensiones éticas y jurídicas de la salud en cuanto concurren una pluralidad de actores y compromete distintos derechos, deberes y valores. Y afirma que el Estado tiene el deber irrenunciable de contemplar tales situaciones y definir los criterios, bajo una concepción integral e integradora, a fin de atenuar los conflictos de intereses que presentan las prácticas terapéuticas abortivas en el marco de la normativa.

II.2. A su vez, al regular el procedimiento (incluido en el anexo), el acto establece que —en síntesis—:

“En los supuestos contemplados en los incisos 1 y 2 del artículo 86 del Código Penal los profesionales intervinientes, previa acreditación y cumplimiento de los recaudos exigidos por dicha norma y con el consentimiento informado sujeto a la normativa vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, efectuarán la práctica terapéutica para la interrupción del embarazo, conforme a las reglas del arte de curar, sin necesidad de requerir autorización judicial. En caso de considerarlo necesario el profesional podrá requerir la asistencia de un equipo interdisciplinario acorde a lo establecido en el capítulo IV del presente” (art. 2).

“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 en el que también participarán las personas que por ley ejerzan su representación legal” (art. 5).

“Todos los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad de Buenos Aires que tengan servicios de tocoginecología deberán integrar equipos interdisciplinarios para la evaluación y contención de los casos que se presenten. Sólo intervendrán cuando el profesional interviniente considere necesario su opinión en virtud de las características del caso” (art. 7).

“La atención de aborto no punible en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada deberá efectuarse bajo el siguiente procedimiento:

a) *El peligro para la vida o para la salud de una mujer embarazada, causado o agravado por el embarazo, debe ser diagnosticado por el profesional interviniente o por el equipo interdisciplinario de profesionales de la salud, según el caso.*

El/la Directora/a de los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá conformar el diagnóstico y la procedencia de la interrupción de la gestación. Asimismo deberá disponer los recursos necesarios para la realización del procedimiento.

b) *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.*

Deberá asentarse en la historia clínica la información brindada, 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 según sea el caso y los profesionales responsables. En los supuestos de 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 y/o a la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

c) *Con el consentimiento informado, la interrupción de la gestación deberá efectuarse en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, según la emergencia o urgencia del caso*” (art. 8).

“Para la atención de aborto no punible contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal deberá constar:

a) *Consentimiento informado prestado por el/la representante legal, acreditando dicho carácter mediante la documentación correspondiente.*

b) *Declaración de insania, con firma debidamente certificada o dictamen de los profesionales de salud mental del equipo interdisciplinario, de conformidad con lo establecido en el presente*” (art. 9).

“En cada uno de los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad de Buenos Aires deberá conformarse un equipo interdisciplinario que estará integrado por un mínimo de cuatro (4) miembros titulares y cuatro (4) suplentes” (art. 10).

“El equipo estará conformado por el/la tocoginecólogo/a tratante, un/a psicólogo/a, un/a médico/a psiquiatra, un/a trabajador/a social y un/a abogado/a. No podrán ser designados como miembros integrantes los profesionales objetores de conciencia” (art. 11).

“El equipo interdisciplinario deberá evaluar y producir un dictamen sobre el encuadre de la interrupción del embarazo en los supuestos contemplados en los incisos 1 y/o 2 del artículo 86 del Código Penal.

A tal fin el/la médico/a tratante aportará los antecedentes del caso al equipo interdisciplinario” (art. 13).

“Deberá expedirse respecto de la procedencia de la interrupción gestacional en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de la recepción de los antecedentes, teniendo en cuenta la emergencia o urgencia del caso. El dictamen se elevará a el/la Director/a del Hospital quien lo refrendará. El mismo tendrá carácter vinculante para el efector de salud. En el supuesto de existir divergencias entre los miembros del equipo interdisciplinario deberá decidir el/la Directora/a del efector, pudiendo requerir a tal efecto la opinión del Comité de Bioética, con la celeridad que exija la emergencia o urgencia del caso” (art. 14).

“Emitido el dictamen definitivo, el médico tratante convocará a la mujer embarazada o a su representante legal a fin de ser informada/o sobre el diagnóstico y tratamiento indicado y se iniciará el proceso de consentimiento informado en los términos del art. 86 del Código Penal, Ley Básica de Salud n° 153 (BOCBA n° 703), su decreto reglamentario n° 208/01 (BOCBA n° 1149), modificado por decreto n° 2316/03 (BOCBA n° 1826). El dictamen definitivo deberá anexarse a la historia clínica” (art. 15).

“Cumplido el procedimiento contemplado precedentemente el/la médico/a tratante procederá a la interrupción gestacional” (art. 16).

“El objetor debe suscribir una declaración en donde manifieste que ejercerá la objeción tanto en ámbitos públicos como privados” (art. 17).

“La oportunidad de invocar la objeción a determinado deber profesional debe realizarse con suficiente antelación para permitir disponer el reemplazo del objetor, de modo tal que se garantice el acceso efectivo y oportuno a las prestaciones requeridas vinculadas al goce efectivo del derecho a la salud sexual y reproductiva” (art. 18).

III. Con respecto a las medidas cautelares en el proceso administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, *in re* “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes).

Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de

contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción.

El precepto agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas.

A su vez, el art. 189, CCAT, establece específicamente que las partes pueden solicitar la suspensión de un acto cuando: 1) su ejecución pudiera causar graves daños al particular, en tanto de la suspensión no derive grave perjuicio para el interés público; 2) ostentara una ilegalidad manifiesta o su ejecución tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.

IV. El examen de las constancias de la causa a la luz de los principios enunciados (cfr. *supra*, consid. III y IV), conduce al tribunal a concluir que no existen elementos suficientes para considerar reunidos —en el actual estado del proceso y con la provisoriedad propia de este estadio del análisis— los recaudos señalados precedentemente, que condicionan la procedencia de la tutela cautelar solicitada.

a) En efecto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral, y asegura a través del área estatal de salud las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad universalidad y oportunidad (art. 20, CCBA).

Y establece que la Ciudad conduce, controla y regula el sistema de salud (art. 21, inc. 1, CCBA) y ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria (art. 22, CCBA). En tal marco, la Constitución local pone a disposición de las personas la prestación de los servicios tendientes a garantizar los derechos reproductivos (art. 21, CCBA, inc. 4) y garantiza la atención integral del embarazo (art. 21, inc. 5, CCBA).

A su vez, la ley 153 —ley básica de salud— determina que su objeto consiste en garantizar el derecho a la salud integral mediante la regulación de todas las acciones conducentes a ese fin (art. 1).

La autoridad de aplicación de la ley básica de salud es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad en materia de salud (art. 8, ley 153) y tiene por función ejercer la conducción, control y regulación del sistema (art. 12, ley 153). Le compete, en particular, la organización general del subsector estatal de salud (precepto citado, inc. ‘c’) y la garantía de los derechos reproductivos de las personas, incluyendo la atención del embarazo (precepto citado, inc. ‘v’).

Así las cosas, toda vez que el acto impugnado por la entidad actora tiene por objeto simplemente establecer el procedimiento para la atención de los casos de aborto no punible —en los términos previstos en el art. 86, inc. 1 y 2, C.P.—, por parte de los profesionales del subsector estatal del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde concluir que, *prima facie*, el Ministerio de Salud —nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad en materia de salud— resulta en principio competente (cfr. art. 17, inc. ‘a’ y ‘d’, ley 1925).

b) Resulta indudable que, tal como lo sostiene la parte actora, en los supuestos de aborto no punible se hallan implicados los derechos de la mujer embarazada y los de la persona por nacer. La cuestión involucra la dignidad humana, el derecho a la vida y a la salud integral. Ahora bien, la reglamentación sustantiva de los derechos comprometidos no surge de la resolución n° 1174/MSGC/2007, sino de la legislación nacional aplicable (Código Civil, Código Penal), de las reglas y los principios constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En particular, la colisión entre los derechos de las personas por nacer y los de la mujer es resuelta por el art. 86, C.P., con respecto a los casos previstos en esa norma.

En rigor —tal como se puso de relieve en el dictamen P.G. n° 60753, dictado en el expediente n° 54472/07—, muchos de los cuestionamientos vertidos por la parte traducen, a fin de cuentas, su disconformidad con las previsiones del art. 86, C.P.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

c) Una de las principales objeciones planteadas con respecto al procedimiento implementado mediante la resolución impugnada consiste en que, según el criterio de la parte actora, sustrae el aborto no punible del conocimiento de los jueces, en tanto dispone que los profesionales intervinientes, previa acreditación y cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 86, CP, efectuarán la práctica terapéutica para la interrupción del embarazo sin necesidad de requerir autorización judicial.

Con respecto a este punto cabe señalar que, en principio, no corresponde a los magistrados emitir un pronunciamiento judicial que se anticipe a declarar si determinada conducta está o no tipificada en el Código Penal y, consecuentemente, declararla prohibida o permitida, pues una decisión de esa naturaleza no es propia de la jurisdicción, dado que la ley penal se aplica siempre después de cometido el hecho. De igual manera, la desincriminación establecida por la ley penal en su art. 86 opera *ex post facto*, esto es, con posterioridad a la conducta que interrumpe el embarazo.

Por tanto, *prima facie* —dicho esto con la provisoriedad y en el marco del limitado ámbito cognoscitivo que caracteriza el instituto precautorio—, el juez no debe expedirse en forma previa sobre la licitud o ilicitud de una conducta futura, porque si así lo hiciese excedería sin fundamento su jurisdicción.

El legislador nacional ha regulado claramente la cuestión en el Código Penal, de manera tal que resulta improcedente requerir que un juez autorice a hacer aquello que según la ley es lícito; y, paralelamente, carece de sentido formular esa petición con respecto a las conductas ilícitas, por cuanto en tales supuestos la autorización no podría ser concedida (imposibilidad jurídica). La decisión depende, entonces, de un juicio médico debidamente fundado en criterios científicos admisibles, sobre la base de las circunstancias objetivas.

De igual manera, la jurisprudencia ha señalado que “...la aplicación del art. 86 incs. 1 y 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descritos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, “C., S. M. y otros v. sin demandado p/ ac. de amparo s/ per saltum”, sentencia del 22 de agosto de 2006).

d) Si bien lo expuesto conduce a sostener que la pretensión de que la generalidad de los casos de esta índole deba originar un proceso judicial resultaría, en principio, improcedente, ello no implica negar la posibilidad de actuación de los jueces, si su intervención es requerida en el marco de un caso concreto cuya dilucidación requiera la intervención de la jurisdicción (cfr. art. 106, CCBA).

En otras palabras, la resolución impugnada sólo establece —de manera acorde con el resto del ordenamiento jurídico vigente y su interpretación por la jurisprudencia— que los médicos no deben requerir autorización judicial para proceder a interrumpir la gestación en los supuestos regulados por el art. 86, C.P. Pero ello no supone sustraer esta materia de la posibilidad de conocimiento judicial.

Cabe destacar que, de manera concordante, el juez de primera instancia afirmó que la decisión apelada “...no obstaría a los eventuales cuestionamientos que, por la vía correspondiente y por quienes estuvieren legitimados al efecto, pudieran realizarse ante una situación puntual” (fs. 233, último párrafo).

e) Otro de los cuestionamientos efectuados por la parte actora es que el acto impugnado no prevé la participación del Ministerio Público Tutelar en representación de la persona por nacer, lo cual comporta —a entender de la parte— una violación de su derecho a ser oída antes de que se tome una decisión atinente a su vida.

Al respecto es preciso poner de relieve que, según ya se señaló más arriba, la resolución n° 1174/MSGC/2007 tiene por objeto instituir un procedimiento de observancia obligatoria por parte de los efectores del subsector estatal del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires, que regula su actuación en los casos de aborto no punible. Pero es totalmente claro que las disposiciones de dicho reglamento no invalidan —ni podrían

hacerlo (art. 31, C.N.)— las normas de rango legal que determinan la actuación de los representantes legales de los incapaces.

En efecto, la cuestión señalada en último término se encuentra legislada en el Código Civil (arts. 54, 57, 59, 494 y cctes.) y es ajena al objeto del acto impugnado —ya suficientemente descripto—; el cual, por tanto, *prima facie* no resulta antagónico sino complementario de las demás normas jurídicas aplicables.

Por lo demás, el Ministerio de Menores —parte legítima y esencial en los términos del art. 59, C.C.— se halla legitimado para instar la actuación del Poder Judicial si así lo exigiesen las circunstancias del caso (cfr. *supra*, apartado ‘d’).

V. Esta Sala ha sostenido anteriormente que el peticionante de una medida cautelar no puede quedar relevado del deber de comprobación del *fumus bonis iuris*, (*in re*, “Stagnaro, José c/ GCBA s/ Impugnación actos administrativos”, EXP 176/0; “Calabretta, Alejandro Antonio c/ G.C.B.A. y otros s/ Amparo, Exp n° 8311/0; Martínez Botos, Raúl, *Medidas cautelares*, Universidad, Buenos Aires, 1996, pág. 41, y jurisprudencia allí citada).

VI. Por las razones expuestas, corresponde concluir que no se encuentran reunidos los presupuestos de procedencia de la medida cautelar, lo cual resulta suficiente para desestimar el planteo recursivo sometido a decisión de la Cámara, en tanto las restantes cuestiones mencionadas en el memorial no resultan sustanciales a los fines de resolver.

Al respecto, corresponde puntualizar que —según se ha señalado reiteradamente— el tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en todas y cada una de las cuestiones propuestas a consideración de la Alzada, sino que debe abordar expresamente tan sólo aquellas que resultan conducentes y esenciales para decidir el caso y bastan para sustentar un pronunciamiento válido (CSJN, *Fallos*, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

En mérito a las consideraciones vertidas, normas y jurisprudencia citadas, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Tutelar y Fiscal; el tribunal **RESUELVE**: No hacer lugar a la apelación y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento recurrido.

Notifíquese, y a los señores representantes del Ministerio Público en sus respectivos despachos. Oportunamente devuélvase.-

Carlos F. Balbín

Horacio G. A. Corti

Inés M. Weinberg