

**Aborto. Aborto terapéutico. Mujer incapaz víctima de abuso sexual.
Autorización judicial. Amparo. Legitimación
Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª**

22 de agosto de 2006

**C., S. M. y otros. v. sin demandado p/ac. de amparo s/per saltum
Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª**

Mendoza, 22 de agosto de 2006

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que a fs. 1/3 vta. la señora A. R. G., en su carácter de madre y curadora definitiva de C. C. A., solicita que este Tribunal se avoque al conocimiento de los autos N° 2009/6-1F y sus acumulados, en razón de verificarse una situación de gravedad institucional que torna procedente la máxima instancia judicial provincial. Afirma que su hija padece oligofrenia, síndrome de Lennox-Gastaut y epilepsia en mérito a lo cual fue declarada incapaz; que fue víctima de un abuso sexual a raíz del cual quedó embarazada; que con la intención de ejercer el derecho que contempla el art. 86 del C.P. solicitó al Hospital Militar la interrupción del embarazo, no sólo por verificarse una violación "contra una mujer idiota o demente", sino también por encontrarse en grave peligro su vida; que al no recibir respuesta favorable, interpuso medida autosatisfactiva por ante el 1° Juzgado de Familia, que entendió que su hija se encuentra "prima facie" comprendida por el art. 86, inc. 1 del C.P., y que la aplicación de dicha norma no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir a criterio de los médicos; que frente a ello, el ofrecimiento del Ministerio de Salud y la tácita negativa del Hospital Militar, acudió al Hospital Laggomaggiore, donde prestó el consentimiento informado para interrumpir el embarazo de su hija, informándosele que el día lunes 21 del corriente se practicaría el aborto; que al concurrir a internarla ese día, el jefe de guardia le informó que no realizaría la práctica médica porque la justicia había dispuesto una medida de no innovar que la impedía; medida accesoria a una acción de amparo actualmente radicada en el Segundo Juzgado de Familia.

Alega la procedencia del per saltum en razón de verificarse en el ocurrente uno de los supuestos que, según la jurisprudencia de la Corte Federal, lo autorizan, éstas son la urgencia y la gravedad institucional. En efecto, de continuar el trámite normal y ordinario de los sucesivos recursos procesales, tal como ocurrió en el precedente de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, el eventual pronunciamiento llegaría tarde, cuando el avance del embarazo torne abstracto su derecho como representante legal,

por resultar imposible su ejercicio. A su vez, la gravedad institucional se verifica en tanto, contando con un pronunciamiento judicial firme y con la acción oficial a favor de la interrupción del embarazo, repentinamente y en día inhábiles, organismos no gubernamentales encuentran eco en el Poder Judicial para frenar el ejercicio de su derecho.

Solicita finalmente por esta vía que se rechace la acción de amparo y se deje sin efecto la medida cautelar interpuesta contra la resolución judicial recaída en los autos N° 1913/6 del 18 de agosto de 2006.

I. Calificación del recurso deducido

1. La recurrente califica al recurso deducido como "per saltum".

2. Corresponde al tribunal recalificar la pretensión deducida.

En efecto, la 2° Cámara de Apelaciones, en decisión del 20/8/2006, recaída en autos n° 2009/6/1F "C., S. M y otros c/Sin demandado p/ Acción de Amparo", decidió:

"1. Hacer lugar al recurso de apelación planteado por la actora a fs. 70/78 contra la última parte del dispositivo IV de la resolución de fs. 52/53, la que se sustituye por la admisión de la medida precautoria solicitada a fs. 50. 2. Admitir la contracautela ofrecida, la que deberá constituirse por la suma de CINCUENTA MIL PESOS (\$ 50.000), previo al cumplimiento de lo ordenado. 3. Fecho, ofíciase conforme se solicita a fs. 50 ordenando a los requeridos y al Sr. Director del Hospital Lagomaggiore, que se abstengan de practicar la interrupción del embarazo de la Srta. C. C. A., hasta tanto haya pronunciamiento definitivo en la acción de amparo".

3. Lo decidido implica que la cuestión planteada ha pasado por la segunda instancia, especialmente porque la Cámara de Apelaciones, mediante resolución del 19 de agosto de 2.006, dictada en ese mismo expediente, hizo lugar a la recusación deducida contra el juez titular del 1° Juzgado de Familia y mandó intervenir al 2° Juzgado de Familia, todo lo cual presupone, fáctica y estratégicamente, privar de efectos inmediatos a la decisión dictada por el titular del 1° Juzgado el día 18 de Agosto que había resuelto:

I. Declarar que la situación jurídica de C. C. A., se encuentra comprendida, prima facie, y con el grado de certeza permitido por este proceso breve, por el art.86 inc.2 del Código Penal, y que puede estar comprendida en el inc.1 del mismo artículo, si los médicos determinan que existe un riesgo grave para la vida de la gestante que no puede ser evitado por otros medios.

II. Declarar 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 descriptos 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. Se les hace saber que en caso de practicar el aborto, deberán comunicarlo a la Unidad Fiscal Departamental de Maipú, o en su caso, en caso de urgencia al Cuerpo Médico Forense, a fin de coordinar con dicho organismo la preservación de elementos probatorios para un futuro cotejo de ADN con quien resulte imputado.

III. Exhortar al Poder Ejecutivo Provincial a fin de que, por intermedio de sus efectores públicos, brinde a C. C. A. todas las prestaciones que resulten necesarias para asegurar su salud, disponiendo las medidas y tratamientos que resulten convenientes y necesarios a tales fines; como así todo lo que resulte conducente para el goce efectivo de sus derechos en las condiciones establecidas por la ley en sentido amplio."

4. Está claro, pues, que aunque formalmente la decisión del 20/8/2006 de la Cámara de Apelaciones versa, exclusivamente, sobre la cautelar solicitada, lo cierto es que la urgencia y la naturaleza de la precautoria solicitada supuso, en los hechos, pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

5. Por lo tanto, debe entenderse que la jurisdicción de esta Corte no se ha abierto por una vía no prevista en el código procesal sino por los carriles extraordinarios, pero habituales, del código procesal civil.

II. Consecuencias. Vía procesal deducida.

La única titular del derecho (la incapaz) no fue parte en los procedimientos tramitados ante la 2º Cámara de Apelaciones. Esta situación procesal implica que sea ésta la única vía para petitionar la confirmatoria de lo resuelto por el juez titular del 1º Juzgado de Familia

III. Legitimación activa de los peticionantes de la cautelar.

La resolución de la Cámara de Apelaciones que acoge la cautelar omite toda consideración sobre la legitimación activa. Sin embargo, es criterio de esta Sala, en seguimiento de la jurisprudencia reiterada y constante del país, que la ausencia de legitimación debe ser declarada oficiosamente, aún cuando no se la hubiere opuesto ya sea como excepción o como defensa de fondo (LS 225-34; 254-127).

En ambos expedientes (el iniciado por la representante legal de la incapaz embarazada, y el amparo) no están en juego intereses de incidencia colectiva. Por el contrario, lo discutible es el derecho de una persona (la incapaz embarazada) a ejercer (a través de su representante legal) las facultades que se estiman concedidas, individualmente, por el ordenamiento positivo argentino (Código Penal y Constitución Nacional).

Tengo pues, en claro, que ni VITAM Asociación Civil sin fines de lucro, ni S. Cano, ni

ninguna otra persona ajena a la intervención médica requerida, está legitimada para recusar al tribunal ni, mucho menos, para plantear la suspensión de la interrupción ordenada por un tribunal competente en el ámbito de sus funciones específicas.

Por todo lo expuesto, se

RESUELVE:

1. Dejar sin efecto las resoluciones dictadas por la 2º Cámara de Apelaciones los días 18/8/2006 y 20/8/2006 a las que se ha hecho mención en los considerandos de esta resolución.

2. En consecuencia, declarar que está firme y es ejecutable la decisión dictada por el Sr. Juez titular del 1º Juzgado de Familia mencionada en los considerandos.

Notifíquese.

Aida Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano