

EXPTE. N° 87.985 “GAZZOLI ANA ROSA EN J° 32.081 CANO SONIA M. Y OTS. C/ SIN DEMANDADO P/ AC. DE AMPARO S/ PER SALTUM”

Mendoza, 22 de agosto de 2.006.-

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que a fs. 1/3 vta. la señora Ana Rosa Gazzoli, 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 autosatis-factiva 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 Laggomagiore, 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 “Cano Sonia 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, oficiese conforme se solicita a fs. 50 ordenando a los requeridos y al Sr. Director del Hospital Lagomagiore, 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 2° 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 1° 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 Sonia 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 intervención 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 2° 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 1° Juzgado de Familia mencionada en los considerandos.-

Notifíquese.

Fdo. Dres. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci- Fernando Romano-Ministros-

Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. Alejandro PÉREZ HUALDE por encontrarse en uso de licencia (Art. 88 ap. III del C.P.C.). Secretaría, 22 de agosto de 2006.

Nº 1913/6

“G. A. R POR SU HIJA C. C. A. P/MEDIDAS TUTELARES”

Mendoza, 18 de Agosto de 2006.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que a fs.11 se presenta la señora **A. M G.** en representación de su hija **C. C. A.**, interponiendo medida autosatisfactiva a fin que ordene al Director del Hospital M. Reg. Mza. tomar las medidas que resulten pertinentes a los efectos de interrumpir el embarazo que actualmente presenta su hija, producto de una violación.-

Expresa que su hija sufre de una discapacidad por la cual fue declarada judicialmente insana, siendo medicada en forma permanente, no pudiendo suspenderse el tratamiento farmacológico.-

Asimismo manifiesta que su hija es paciente del Hospital M. desde su nacimiento.-

Ante las demoras del Comité de Bioética del Hospital M. en tomar una decisión, y la proximidad del fin de semana largo, y la gravedad de la situación planteada, piden se resuelva la petición a la brevedad posible.-

II. Con la prueba instrumental cuyas fotocopias se agregan a fs.1/10 se encuentran acreditados, con el grado de certeza exigido para este tipo de medidas urgentes, los extremos fáctico jurídicos esgrimidos como fundamento de la pretensión: la declaración de insania ; el vínculo filial; la denuncia por abuso sexual con acceso carnal; la discapacidad severa; la petición formulada al hospital para interrumpir el embarazo; y el estado de embarazo.-

Además, los hechos han tomado estado público, siendo corroborados por la prensa escrita y oral.-

III. Corrida Vista a la Asesora de Menores, la misma dictamina a fs.20/22, en forma fundada, compartiéndolo en todas sus partes y citas, las que doy por reproducidas en honor a la brevedad.-

IV. Cuestiones previa sobre la competencia y el proceso:

La petición se presenta como medida autosatisfactiva, consistiendo la pretensión en una orden de hacer, dirigida contra un tercero (Director del Hospital M. R. Mza), a fin de que disponga las medidas pertinentes para interrumpir el embarazo producto de una violación.-

Las medidas autosatisfactivas constituyen una especie del género de los procesos urgentes, categoría que comprende una multiplicidad de procedimientos en los cuales el factor tiempo hace a su esencia (Cf. Peyrano, J. “La medida autostatisfactiva. Forma diferenciada de tutela...”, en “Medias Autosatisfactivas”, Rubinzal-Culzoni, 2.002, p.14).-

Desde el enfoque dado por la actora, podría pensarse que se trata de una pretensión civil, dado que, en principio, la insana -víctima de la violación-

se encuentra protegida por su madre, sin embargo, el inc. c) del art.53 de la ley 6.354, permite comprender la situación de la discapacitada dentro del ámbito tutelar (art.46 inc.9 C.P.C.).-

Asimismo, existiendo un proceso de insania, donde la víctima ha sido declarada insana, por el principio de conexidad, que responde a su vez a los principios de concentración, economía procesal, y seguridad jurídica, siendo competencia propia del juez de la insania el contralor de todos los actos trascendentes respecto al patrimonio y a la persona del insano, resultaría lógico que la presente petición se tramitara por ante dicho magistrado (art.6 y cc. C.P.C.).-

Sin perjuicio de todo lo dicho, no puede pasarse por alto que, lo que se decida va a afectar en forma directa a la persona por nacer, respecto a uno de los bienes más preciados, y por ende más protegidos por el ordenamiento jurídico nacional y supranacional, como es la vida.-

Desde esta perspectiva, y sobre todo por la urgencia que las especiales circunstancias del caso -la discapacitada transita la 11 o 12 semana de gestación-

vienen exigiendo para la pronta satisfacción jurisdiccional de la pretensión esgrimida, es que me avoqué al cocimiento y resolución del conflicto, dejando de lado cualquier cuestión de competencia que podría haber resultar frustrante del derecho cuya protección efectiva se persigue (principio de jurisdicción oportuna).-

El proceso tutelar, especie de proceso urgente, reúne las condiciones de brevedad, informalismo (simpleza), inmediación, y oficiosidad, requeridas por la pretensión urgente para su oportuna satisfacción.-

Por otra parte, la especialidad del fuero de familia, conforme a la naturaleza de la cuestión planteada, los sujetos involucrados -una discapacitada insana y el feto-, y los intereses en juego, aconsejan que el conflicto jurídico sea dirimido en esta instancia sin más demoras.-

V. En autos no surge acreditado que el Hospital M. se haya negado a realizar la intervención quirúrgica peticionada por nota obrante a fs.5 y vta., habiendo tomado conocimiento, por la prensa, de que estaría reunido el Comité Bioético que decidirá si se lleva a cabo o no la interrupción del embarazo.- En consecuencia no existe un conflicto jurídico actual que resolver, sino que el mismo se encuentra en ciernes.-

Sin perjuicio de ello, de conformidad a lo establecido en los arts.3 y 41 del C.P.C., ostentando la peticionante un interés legítimo, es parte de la función jurisdiccional el declarar el derecho aplicable aún sin lesión actual.-

Por otra parte, el tiempo transcurrido sin que el Comité se haya expedido, hace necesario adoptar una resolución urgente que clarifique a todos los involucrados la situación legal de la peticionante, a fin de poder actuar en consecuencia.-

VI.- No caben dudas que la situación de C. C. A. se encuentra contemplada por el art.86 inc. 2 del Código Penal, que despenaliza el aborto realizado en dichas condiciones o circunstancias, resultando en consecuencia una conducta permitida y lícita.-

Incluso, por los dichos de su madre, y declaraciones periodísticas de los médicos del Comité de Bioética, podría estar alcanzada también por su inc.1, toda vez que, la medicación que toma para inhibir las convulsiones, no puede suprimirla sin un grave riesgo para su salud, y la misma sería altamente perjudicial y dañina para la salud y viabilidad del nonato.-

En efecto, dicha norma legal establece: **"Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2 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"**. (texto según ley 23.077/84).-

VII.- Declarado que ha sido la norma jurídica aplicable al caso, se hace insoslayable referirse al reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en autos 98.830, "R., L.M., NN Persona por nacer. Protección . Denuncia", del 31 de julio de 2.006, en el cual en un caso similar, en cuanto a los elementos esenciales de la plataforma fáctico-jurídica , y en forma exhaustiva, efectuó la correcta interpretación del art.86 del C.Penal, en especial su inciso 2., llegando por mayoría a la conclusión de que dicha práctica médica, en las condiciones establecidas por la norma, no requiere de autorización judicial previa, quedando la cuestión reservada al criterio médico en la relación médico-paciente.-

Como bien lo expresa el Dr. Genoud en el ap. III.4- de su voto, los requisitos que establece la norma para que el aborto no sea punible son tres: **a- la violación; b- la falta de capacidad de la víctima; y c- el consentimiento de la representante.**

Remito al análisis allí efectuado de cada uno de esos requisitos, para concluir que, la determinación de los mismos en cada caso concreto, quedarán al prudente arbitrio del médico o institución que atiende a la paciente, no resultando necesaria la intervención judicial.-

La fórmula actual de la norma, repuesta por la ley23.007, deroga la exigencia que imponía la redacción conforme a la ley21.338, de acreditar la iniciación de la acción penal por violación. (Cf. Arias-gauna, "Código penal y leyes complementarias...", Astrea, 2.001, p.765/766).-

Si el médico alberga alguna duda, conforme sea la urgencia por el tiempo de gestación, podrá requerir de la representante legal y/o directamente de los organismos pertinentes, los exámenes y /o las constancias que resulten

necesarias para tener por acreditado que se trata de una persona que sufre de una enfermedad mental que no le permite la comprensión del acto sexual y sus consecuencias -falta de consentimiento-, y en su caso, el estado de embarazo, que hace presumir el acceso carnal sin consentimiento de la víctima (violación). Como así los instrumentos que acrediten la representación de la incapaz - Título de Estado del que surge el vínculo filial, Acta de designación de curadora, etc .-

Si bien se trata de un acto personalísimo, está claro que la norma delega en la representante legal de la incapaz, el consentimiento informado para realizar el aborto, por lo que carece de todo sentido y utilidad entrar en disquisiciones intelectuales sobre el tema.-

De la prueba arrojada, surge acreditado prima facie, que Claudia padece de una deficiencia mental en grado de imbecilia, siendo de carácter incapacitante, lo que le impide comprender sus acciones y administrar sus bienes (pericia forense en el juicio de insania). Lo mismo se expresa en la hoja de resumen de la Historia clínica n°. . . ., donde consta que padece desde su nacimiento de un retraso madurativo cerebral, presentando convulsiones de tipo epilépticas; siendo coincidente con el certificado médico adjuntado a la demanda.-

Por otra parte, acreditado que se encuentra la imposibilidad de haber prestado el consentimiento al acto sexual, y su estado de embarazo con la instrumental acompañada, forzoso es concluir en que C. ha sido víctima de violación, presunción que se ve reforzada por la constancia emitida por la Fiscalía que investiga el hecho denunciado.-

También resulta clara la voluntad de su representante legal, en el sentido de consentir el aborto, de la nota obrante a fs.5 y vta., dirigida al Hospital M. R. M..

Sin perjuicio de ello, el médico que vaya a realizar la práctica abortiva, deberá verificar que, a ese momento, se mantenga tal consentimiento, debiendo informar previamente y con tal fin, a la representante de la discapacitada, de las consecuencias y riesgos de tal acto quirúrgico, como así de las posibles consecuencias que para la vida y salud de la gestante, conforme a su enfermedad y tratamiento, y para el feto, puede tener la no realización del mismo (consentimiento informado).-

VIII.- Tampoco corresponde entrar, en el presente caso, al análisis de la cuestión constitucional del art.86 inc.2 del Cód. Penal, toda vez que la validez constitucional de dicha norma no ha sido cuestionada, por lo que no forma parte del tema decidendum.-

Sin perjuicio de ello, y más allá de que se comparta o no la solución legal, es evidente que, frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana vs. libertad sexual-autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación -abuso sexual con acceso carnal-, la

ley hace prevalecer al segundo sobre el primero (Cf. Gil Domínguez, Famá, Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° II, ps.1022/1023).-

Es que este juego constante de prevalencias y opciones entre bienes, derechos y valores, son propias del ordenamiento jurídico positivo como sistema de regulación de la vida en sociedad, dependiendo de la estimativa social imperante en cada tiempo y lugar determinado, el rango que cada uno ocupa en el mundo jurídico, y en cada situación de la vida social que exija tal elección, conforme sean sus circunstancias y características especiales.- El propio art.86 del C. Penal, es una prueba palmaria de tal realidad, toda vez que, describe distintas situaciones de la vida, en relación gestante-feto, haciendo prevalecer en su primera parte al valor vida del concebido no nacido, sobre el derecho a disponer de su propio cuerpo y autodeterminación de la gestante; y en su segunda parte se imponen la vida de la gestante, su libertad sexual y autodeterminación, sobre la vida del feto.-

La relatividad es una nota propia de los derechos, no existiendo en el ordenamiento jurídico positivo, derechos reconocidos y/o protegidos en forma absoluta, sino conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art.14 C.N; Cf. María A. Gelli, "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, p.77; Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", Ediar, 1998, p.493).- Si el derecho a la vida fuera absoluto, ningún ser humano podría ser obligado a arriesgar y perder su vida en defensa de su patria, ni podría existir la pena de muerte, como rige en algunos estados, ni en ningún caso la vida del feto podría ser sacrificada por la de su madre gestante.-

El art.86 del Código Penal, es una norma donde el derecho a la vida se encuentra reglamentado y suficientemente protegido, toda vez que, en principio, el aborto se encuentre penalizado, sufriendo limitaciones excepcionales, en aras de otros derechos que se consideran preferentes en las condiciones descriptas por la norma.-

A mayor abundamiento, por todos los de la mayoría, remito a las consideraciones efectuadas por la Dra. Kogan en su voto, fallo precitado, Consideraciones ptos.20 y ss.

IX.- Derecho a la prestación médica: El consentimiento informado:

Conforme se viene argumentando, el art.86 inc.2 del Cód. Penal, establece dos conductas permitidas por la ley, consistente en la prestación o práctica abortiva realizada por un médico diplomado a una demente violada, y en la solicitud (voluntad) de la representante legal de la discapacitada violada, y en cinta, de que se practique el aborto.-

La conducta del médico está condicionada, para su licitud, a la previa prestación del consentimiento informado de la representante legal de la insana o discapacitada.-

Ambos confluyen en un resultado -el aborto- no incriminado, ni como autor (médico) ni como instigador o cómplice (la representante legal).-

Debe quedar claro que la ley penal no fomenta el aborto, solo se pronuncia sobre hechos ya ocurridos, para determinar que en dichas condiciones no es delito.-

Es evidente entonces, que tal conducta se encuentra comprendida y amparada por el **art.19 de Nuestra Constitución Nacional**, al establecer que: **"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".**

Como dice Gelli en su obra ya citada, el artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad, resultando, sobre todo el primero, esencial para diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos. (p.249).-

Resulta claro que la norma aludida deja la opción o libertad de elegir el propio plan de vida, frente a la hipótesis descripta por el artículo, a la representante legal de la incapaz, sin interferencias del poder estatal, en especial de los jueces.-

No es otra cosa que el respecto a la autonomía personal, a la libertad que tiene cada persona para adscribir a las ideas, valores morales, religiosos, sociales, familiares, etc., que considere adecuados a su persona y modelo de vida pretendido, y a la protección de la familia, pues resulta indudable que un hecho de tal naturaleza produce una profunda y dramática consternación y sufrimiento en todos los miembros de la familia de la discapacitada.-

Es la familia, la que en definitiva debe asumir la responsabilidad de la crianza del niño por venir, y sólo los miembros de dicha familia, la que ha sufrido el drama, sabe si están en condiciones para hacerlo. Es que la norma del art.19 de la C.N. también comprende el derecho a la intimidad familiar.- El límite está impuesto por la prohibición de ofender al orden o a la moral pública o perjudicial a un tercero.-

Si bien es cierto que el feto, al que se le reconoce personalidad jurídica desde su concepción en el seno materno, sería un tercero respecto de su madre gestante, el conflicto es resuelto por el art.86 inc.2 del C. Penal, a favor del derecho a la autodeterminación y autonomía personal de la víctima de la violación, y su familia que se ve directamente afectada por tal situación, a través del consentimiento de su representante legal.-

Como bien lo expresa Bidart Campos, el derecho a la salud, como derecho implícito, íntimamente ligado con el derecho a la vida y a la integridad exige, además de la abstención del daño, muchísimas prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y de hacer. (ob. cit. T°II, p.107).-

Ahora bien, como lo expresa la mayoría en el fallo de la CSJB, desde la justicia no se puede obligar a la prestación médica toda vez que los únicos protagonistas de dicho acto médico, desde su génesis hasta su culminación, no son otros que la mujer en cinta y el médico diplomado, que es el único dotado con los conocimientos científicos y técnicos que permita decidir con responsabilidad si están dadas las condiciones para llevar a cabo el acto médico sin riesgo para la vida de la madre gestante.-

Los jueces carecemos de dichos conocimientos, y en consecuencia, mal podríamos pretender subrogarnos en una decisión donde se encuentran en juego dos vidas, la de la gestante y la del feto.-

En definitiva, será el médico, ya sea el vinculado al hospital en el que se atiende la paciente por su Obra Social, o el del hospital público, por la obligación ineludible que le corresponde al Estado como gestor y garante de la salud pública, y las instituciones obligadas a la cobertura sanitaria en las que estos se desempeñen, los que deberán asumir la responsabilidad que les compete en el ejercicio de su profesión y en la prestación del servicio. (ver voto del Dr. Genoud, ap. III.6, en igual sentido el voto de la Dra. Kogan).-

X.- Conclusiones finales:

En una sociedad plural no puede pretenderse que todos estén de acuerdo y comulguen las mismas ideas. Somos y pensamos distinto, cada uno elige y desarrolla su plan de vida en base a sus realidades existenciales, sus expectativas y sus convicciones, no existe una única moral, como no existe un único modelo de vida en un sistema democrático respetuoso de las libertades.- Por ello, de lo que se trata es de acordar pautas de convivencia que permitan respetarnos y tolerarnos en nuestras diferencias, posibilitando, siempre que no se afecte al interés común, que cada individuo se desarrolle lo más plenamente posible conforme a sus propias ideas y valores.-

Si bien muchas veces, y hoy más que nunca, se deposita en el derecho, y en su brazo operativo, la justicia, la resolución de los conflictos que se generan en el tejido social, como bien lo expone María Casado en su artículo "Una bioética para el siglo XXI: de pacientes a ciudadanos", en "Bioética y Derecho", Rubinzal-Culzoni, 2.003, p.91, "**...Es indudable que el ordenamiento jurídico tiene esta función de resolución de los conflictos, pero, por otra parte, es bien cierto que la existencia de una norma no dirime definitivamente la cuestión: el debate social permanece y la aplicación misma de la norma puede dar lugar a nuevos conflictos.**"

Por ende, no puede esperarse que un fallo conforme a todos.-

He optado por respetar la ley vigente, porque ella representa, aunque más no sea simbólicamente, la voluntad de la mayoría del pueblo expresada a través de sus representantes políticos.-

Los jueces sólo aplicamos la ley, buscando darle el sentido más favorable a la protección de los derechos y la realización de la justicia.-

Son los legisladores los llamados a recoger la estimativa social imperante en cada época y lugar determinado, a fin de plasmarla en leyes que rijan la convivencia social.-

El art.86 del Código Penal, es una norma vigente. Y un Tribunal de la jerarquía de la Suprema Corte de Buenos Aires, ha dicho recientemente que es constitucional.-

Se podrá estar o no de acuerdo con la solución que consagra, pero es la que se ha impuesto como norma y nos rige.-

Por lo expuesto, constancias de autos y sus conexos, y normas citadas,

RESUELVO: 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 principio 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.-

IV. Por el Receptor del Tribunal notifíquese la presente resolución en papel simple, con copia certificada de la misma, a la peticionante; al Hospital M. R. Mendoza; y al Poder Ejecutivo Provincial por intermedio del Ministerio de Salud. A tal fin quedan habilitadas las horas de la tarde; y los días y horas inhábiles.-

V. Imponer las costas a la peticionante por no existir contradictor (art.36 V C.P.C.).-

VI. Regular los honorarios de los Dres. Lucas Lecour; Dante Vega; y Pablo Barrera Póslleman, en forma conjunta, en la suma de **PESOS.....**, art.10 ley 3641.-

REGÍSTRESE. NOTIFIQUESE. CUMPLASE.