

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de marzo de dos mil siete, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Negri, Soria, Hitters, Kogan, de Lázzari, Roncoroni**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 100.459, "O. , M. V. . Víctima de abuso sexual".

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata confirmó el fallo de primera instancia que había concedido autorización para la interrupción del embarazo de la menor M. V. O. .

Se interpusieron, por el Fiscal General de Cámaras y la Asesora de Incapaces, sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Oído la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

///

///

2

C U E S T I O N E S

1ª. ¿No obstante lo que surge de la documentación e informes agregados a fs. 527 y vta., 541/544, 545/547, 549/550, 552, 562, 574/604, es necesario pronunciarse respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

Caso afirmativo:

2ª. ¿Es fundado el mismo?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

Conforme al informe agregado a fs. 562, la menor sufrió un aborto espontáneo el día 2 de marzo del corriente año. En ocasión de encontrarse la joven en el Hospital Materno Infantil de la ciudad de Mar del Plata, se labra acta en la que consta lo siguiente: "M. V. O. , la que según historia clínica Nro. 36.987.431 (...) resultando el motivo de la internación: embarazo de doce semanas -metrorragia; la paciente no presenta antecedentes personales heredo familiares de relevancia. Al examen en el momento de la internación, presentaba una metrorragia escasa de veinticuatro horas de evolución, asociado a un dolor cólico en hipogastrio y pérdida hemática por vulva. Se realizó ecografía

///

///

C. 100.459

3

y se constata feto único empodálica, latidos cardio fetales y movimientos activos fetales negativos. Las medidas eco-gráficas dan para doce semanas de gestación, placenta anterior y marginal con desprendimiento del margen inferior y colección hemática en el oficio interno del cuello. Los registros de laboratorio son normales y el diagnóstico es embarazo de doce semanas, feto muerto y retenido y la conducta a seguir es interrupción del embarazo y legrado uterino...".

Por lo reseñado **ut supra** ha quedado extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa.

Considerando que esta Corte ya ha establecido en los causas C. 94.464 (sent. del 27-VI-2005) y C. 98.830 (sent. del 31-VII-2006) cuál es la doctrina legal a seguir cuando en un embarazo concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad también fue resuelta, no es necesario pronunciarse respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

Así lo voto.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

///

///

4

Entiendo que la cuestión ha devenido abstracta y en esas condiciones, como principio, cabría omitir todo pronunciamiento sobre los hechos que dieron lugar a la formación de la causa.

Advierto sin embargo que el tema debatido, más allá de sus protagonistas, tiene una relevancia extraordinaria y es objeto de fuertes controversias, con opiniones que en algunos casos parecieran interpretar equivocadamente el valor de la vida humana desde la concepción en el seno materno, la Constitución nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución y leyes de la Provincia y aun los propios fallos de esta Suprema Corte.

Mediando esas circunstancias y guardando una total prudencia sobre nombres y personas, estimo que corresponde que esta Corte haga conocer la sentencia que se encontraba en condiciones de ser dictada en el momento en que sucedieron los hechos que la tornaron abstracta, toda vez que puede servir útilmente para que se conozca cuál es el criterio del más alto Tribunal de la provincia respecto a estas delicadas cuestiones, a través del voto de sus integrantes (arts. 160 y 168 **in fine**, Const. prov.).

Voto por la **afirmativa**.

///

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. Contra la sentencia definitiva dictada por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata (fs. 320/362) -que confirmó la decisión de la instancia de origen que había convalidado la necesidad de la práctica abortiva aconsejada por la Perito Psicóloga del Tribunal de Menores y el dictamen emitido por el "Comité de Bioética del Hospital Privado de Comunidad" respecto de la menor M. V. O., embarazada en ocasión de un supuesto abuso sexual acaecido en el ámbito intrafamiliar-, la señora Asesora de Menores de la «persona por nacer» -doctora Silvia E. Fernández- articuló el recurso de inaplicabilidad de ley luciente a fs. 401/434 y que fuera concedido por el tribunal recurrido a fs. 435 y vta.

2. La señora Procuradora General se expidió el 26 de febrero de 2007 aconsejando el rechazo del remedio impetrado.

3. El 28 del mismo mes y año la menor embarazada fue entrevistada por el tribunal. Ese mismo día se dispuso el llamamiento de autos para dictar sentencia.

4. De las constancias sobrevivientes del expediente surge indubitado que el asunto a dirimir ha perdido

///

6

actualidad.

La historia clínica de la paciente M. V. O. agregada a fs. 574 y ss., y muy especialmente el informe de fs. 562, permiten conocer con certeza que el día 2 de marzo del corriente año, luego de diagnosticarse que el embarazo de aproximadamente doce semanas de gestación que cursaba la paciente presentaba "feto muerto y retenido", tuvo lugar la "interrupción del embarazo y legrado uterino", previa conformidad informada de la madre de la menor (fs. 575/576 y 586).

En ocasión de encontrarse la joven en el Hospital Materno Infantil de la ciudad de Mar del Plata, se labró acta en la que consta lo siguiente: "M. V. O., la que según historia clínica Nro. [...] resultando el motivo de la internación: embarazo de doce semanas -metrorragia; la paciente no presenta antecedentes personales heredo familiares de relevancia. Al examen en el momento de la internación, presentaba una metrorragia escasa de veinticuatro horas de evolución, asociado a un dolor cólico en hipogastrio y pérdida hemática por vulva. Se realizó ecografía y se constata feto único empodálica, latidos cardio fetales y movimientos activos fetales negativos. Las medidas ecográficas dan para doce semanas de gestación, placenta anterior y marginal con

///

desprendimiento del margen inferior y colección hemática en el orificio interno del cuello. Los registros de laboratorio son normales y el diagnóstico es embarazo de doce semanas, feto muerto y retenido y la conducta a seguir es interrupción del embarazo y legrado uterino..".

5. Frente a ese estado de cosas, resulta inoficioso pronunciarse sobre la fundabilidad del recurso de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 401/434, ante la falta de interés actual en la decisión, teniendo en cuenta que el caso se ha tornado abstracto (cf. posición mayoritaria de la C.S.J.N., **in re** "B. , M. s/medida cautelar", "Fallos", 316:479).

Los tribunales deben expedirse sobre los asuntos que les toca dirimir a tenor de las circunstancias existentes al momento de fallar, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso o petición correspondientes (cfr., doctrina de C.S.J.N., "Fallos", 308:1489; 310:670 y 2246; 311:870, 1219, 1810 y 2131; 312:579 y 891; 313:701; 314:1834; 315:123; 318:662; 319:1558; 322:1709; 323:1101; entre muchos otros; en sentido similar, cfr. mi voto en causa B. 64.474, sent. de 19-III-2003; Ac. 91.478, sent. de 5-V-2004 y Ac. 84.073, sent. de 24-V-2006). De tal modo, la insubsistencia del caso importa la desaparición del poder

///

8

de juzgar (cfr. doctr. "Fallos", 316:479 indicado, cons. 7º y sus citas). Ello es congruente con el invariable criterio del Tribunal que establece la inhabilidad de la judicatura para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos (cfr., entre muchos, Ac. 78.639, sent. de 23-V-2001; Ac. 82.248, sent. de 23-IV-2003 y Ac. 85.553, sent. de 31-III-2004).

6. Ciertamente es que pueden repetirse casos análogos al presente -de hecho, éste presentaba similitudes en varios planos con otros muy difundidos y fallados no hace mucho tiempo por esta Corte-, y también lo es que la situación crítica que eventualmente pudiere llegar a estudio del Tribunal en una concreta situación contenciosa quedaría generalmente sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico sin admitir las dilaciones normales en otros trámites judiciales; reclamaría, por ende, obrar con la máxima urgencia. Tengo para mí que esas vicisitudes -en líneas generales- fueron afrontadas con eficacia en líneas generales por todos los actores del sistema, en supuestos parecidos a esta causa e, incluso, en la actual. El dictado de los pronunciamientos correspondientes -y la consecuente fijación de doctrina legal- en tiempo útil en las causas Ac. 95.464 (sent. de 27-VI-2005) y Ac. 98.830 (sent. de 31-VII-2006)

///

revela que el cumplimiento de tales exigencias de celeridad y efectividad en los casos concretos no es -ni ha sido- una quimera. De ello entonces no cabe precaverse ahora, en oportunidad de dictar la presente sentencia.

7. Tampoco se dan los presupuestos singularísimos que han llevado a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en su composición anterior- hiciera excepción a la referida regla, al sentenciar en la causa publicada en "Fallos" 324:4061. La Corte entendió allí que su pronunciamiento era necesario a fin de revisar lo decidido por esta Suprema Corte provincial puesto que podría erigirse en doctrina legal aplicable por los magistrados inferiores locales, una interpretación contraria a los precedentes de aquel alto Tribunal (cfr. considerandos 3º y 4º).

8. En las condiciones señaladas, abordar los agravios de la recurrente esgrimidos en función de una situación de hecho ya inexistente -sin que medie interés actual en la resolución de esa vía impugnativa- supondría emitir una opinión general o de tono meramente consultivo. Por tales motivos y por las razones concordantes expuestas por el doctor Genoud, no cabe sino declarar la innecesariedad de expedirse en esta causa sobre el recurso de inaplicabilidad de ley otrora interpuesto, por haber devenido

///

10

abstracta la cuestión en debate, y poner así fin a este proceso.

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

1. Adhiero a los votos de los doctores Genoud y Soria.

2. Considero que, de conformidad con las circunstancias fácticas sobrevinientes relatadas por el Juez de primer orden, **la causa se ha tornado "abstracta"** y no advierto configuradas razones excepcionales suficientes que impongan a este Tribunal emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto.

3. Conocida es la doctrina de la Corte Suprema de la Nación **in re** "B.A., s/ autorización judicial" ("Fallos" 324:4064), en la que -siguiendo criterios del Máximo cuerpo jurisdiccional norteamericano- habilitó la posibilidad extraordinaria de entender en trámites tornados inoficiosos en su devenir.

No creo aplicable dichas premisas al **sub judice**.

a) En primer lugar, porque los precedentes sentados por esta Corte en las causas Ac. 95.464 ("C.P.d.P., A.K. s/ Autorización", sent. del 27-VI-2005) y Ac. 98.830

///

///

C. 100.459

11

("R., L.M.", sent. del 31-VII-2006), presentan un desarrollo suficientemente amplio y reciente de la doctrina legal relativa a los pedidos de "autorización" para la interrupción de embarazos por aplicación de los arts. 86 incs. 1 y 2 (respectivamente) del Código Penal.

Si bien los antecedentes del **sub lite** presentan algunas variantes respecto de los que subyacían en los casos aludidos en el párrafo anterior, no veo que sean de entidad suficiente para justificar un apartamiento de la regla según la cual el Poder Judicial sólo está facultado para intervenir en "casos" concretos (art. 116, Const. nac.).

El más Alto Tribunal federal ha incluso omitido pronunciarse en causas similares a "B.A., s/ autorización judicial" (es decir, casos en los que se ventilaban pedidos de aborto por anencefalia del feto), criterio que parece responder a la circunstancia de que, con posterioridad a la doctrina allí sentada, no resultaba trascendente ingresar en la problemática en ausencia de un conflicto de derechos vigente (v. C.S.N., P.1796.XL, **in re** "P., F.V. s/ Amparo", sent. del 8-III-2005).

b) En segundo lugar, debe tenerse presente que en "B., A. S/ autorización judicial" la Corte nacional se expidió sobre el fondo del asunto afirmando que en muchas

///

///

12

oportunidades no llegaban a su seno tempestivamente los asuntos respectivos, lo que configuraba una "situación frustratoria" de la misión primordial de dicho Cuerpo jurisdiccional.

No es esta nuestra situación, ya que las delicadas características de esta problemática han llevado -en casos como los citados- a resolver en pocas semanas, pasando el expediente por diversas instancias e incluso, como ocurriera en Ac. 98.830 ("R., L.M."), en época de feria.

Además el presente asunto llegó a los estrados de este Tribunal, lo que demuestra que en situaciones similares estará en condición de fallarlo oportunamente.

4. Por lo expuesto, considero que se ha tornado inoficioso todo pronunciamiento en el **sub lite**, lo que así propongo declarar.

A la primera cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero a los votos concurrentes de los colegas Genoud, Soria e Hitters, por compartir sus fundamentos, en tanto como allí se sostiene, la cuestión ha devenido abstracta, por lo que resulta innecesario pronunciarse acerca del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

///

Voto, entonces, por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I.- No obstante las circunstancias sobrevinientes, estimo que el recurso deducido igualmente debe recibir pronunciamiento. Remito para ello al criterio de la Corte Suprema de la Nación, quien en la causa "B.A. s/. autorización judicial", sentencia del 7-XII-2001 ("Fallos", 324:4064 y sgts.), subrayó la necesidad de pronunciarse en hipótesis semejante a la presente. Entendió allí que *"dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justificables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas"* (con cita de "Fallos", 31:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7º del voto concurrente y ju-

///

14

risprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo, "C. v. P. A. ", 393 U.S. 175, págs. 178/179 y sus citas; "Fallos", 316:479, considerando 6° del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi).

El caso que nos concita responde triplemente a esa conformación. En primer lugar debe consolidarse la doctrina legal de este Tribunal vinculada con las solicitudes de autorización para realizar prácticas abortivas. En segundo término, corresponde delimitar el criterio a seguir cuando, -a diferencia de otros precedentes en los que los facultativos no exteriorizaron actitud alguna, ni positiva ni negativa, indicando solamente la necesidad de obtenerse venia judicial-, media negativa expresa a la interrupción del embarazo. Por último, se torna indispensable fijar las bases esenciales que desde la perspectiva procesal cabe exigir a las instancias de juzgamiento ordinario. En este sentido, por la vía de lo dispuesto en los arts. 161 inc. 3° ap. 'a' de la Constitución de Buenos Aires y 279 incs. 1° y 2° del Código Procesal en lo Civil y Comercial, los caminos que al respecto diseñe la Suprema Corte son de aplicación obligatoria. Entonces, una definición sobre los puntos involucrados trasciende el caso concreto y se expan-

///

de para futuras contiendas similares, en donde los órganos intervinientes sabrán a qué atenerse.

II.- Para justificar cuanto antecede se hace necesario historiar brevemente las temáticas de esta índole consideradas por esta Suprema Corte en anteriores ocasiones (v.gr., Ac. 82.058, sent. del 22-VI-2001; Ac. 85.566, sent. del 25-VI-2002; Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004; Ac. 94.464, sent. del 27-VI-2005 y Ac. 98.830, sent. del 31-VII-2006), lo que permitirá identificar perfectamente la materia litigiosa y el ámbito de juzgamiento en la presente causa.

A) Existe un primer sector de actuaciones que han sido llevadas al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, en las que mujeres gestantes que intentan interrumpir su embarazo, -por diversas razones, no importa ahora si legítimas o no-, se han encontrado con **actitudes médicas abstinentes**. En efecto, requerida la realización del aborto los médicos intervinientes, sea por temor a consecuencias desfavorables, por reticencia, por falta de asunción de sus propias responsabilidades o por cualquier otra causa ajena a la específica problemática médico-legal involucrada, han indicado a la paciente la necesidad de obtener "autorización judicial". Podría encuadrarse en esta hipótesis el caso resuelto en la causa Ac. 95.464. Para tales circunstan-

///

16

cias, el Tribunal ha generado una doctrina legal consistente en remarcar **la innecesariadad de la intervenci3n judicial**. Con palabras del doctor Roncoroni (ver su voto en el Acuerdo citado), "a la luz de lo dispuesto en el art. 86 del C3digo Penal los 3nicos protagonistas de ese acto m3dico no son otros que la mujer encinta y el m3dico diplomado, que es el 3nico dotado con el bagaje de conocimientos cient3ficos y t3cnicos que permita apreciar, con la debida justicia, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopci3n de la pr3ctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habr3 de acudir a la consulta m3dica o la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comit3 de bio3tica, pero nunca al juez. ¿A guisa de qu3 ha de intervenir el Juez?. ¿Acaso est3 llamado a jugar el rol de censor, supervisor m3dico o perito m3dico de los m3dicos?. No parece que esto entre en el campo de conocimiento de los jueces... Ni es admisible que los m3dicos verbalmente supediten su intervenci3n a la autorizaci3n judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los grav3simos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminaci3n del delito descrip-

///

to en la primera parte del art. 86 del Código Penal, ya por esa suerte de fiebre epidémica de responsabilidad médica, conocida como 'mala praxis'. Repárese en que una de las más graves exteriorizaciones de irresponsabilidad es no conocer o negarse a reconocer los alcances y los límites de la propia responsabilidad... En el caso, la ley no deja dudas. Tal como lo hemos dicho, los protagonistas de tal acto son el médico y la madre encinta. Pertenece al campo de la discrecionalidad técnica y científica del profesional el determinar si se da la situación descrita por el art. 86 inc. 1º del C.P.- Él no necesita ni debe requerir complemento judicial alguno para el cumplimiento del acto médico por él aconsejado. Entra en el marco de su propia responsabilidad decidir si debe ejecutar o no dicho acto médico y serán siempre las circunstancias de cada caso las que permitirán decir si él respondió a su deber hipocrático. Si concurren las circunstancias que le señala la ley y el mismo ordenamiento ético de su profesión, nada se le habrá de reprochar si lleva a cabo la intervención... Es que el art. 86 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena. El artículo supone un

///

18

acto en el pasado, que es juzgado de acuerdo a la forma en la que efectivamente se llevó a cabo. En el caso se pide a la justicia que diga si acaso un acto futuro, todavía no realizado, se ajusta a tal o cual norma del Código Penal".

B) Otra gama diferente se ha suscitado, v.gr., en el C. 98.830, en el que nadie había requerido autorización alguna sino que fueron los propios órganos jurisdiccionales los que, alertados de la posible realización de un aborto, vedaron originariamente esa práctica. Esta Suprema Corte, revocando la decisión de grado, reiteró allí la doctrina mencionada precedentemente.

C) Puede darse una hipótesis distinta. Supongamos que los profesionales de la salud intervinientes hubiesen arribado al convencimiento de que no es posible interrumpir el embarazo, basados en consideraciones médico legales. En este supuesto la mujer gestante podría disconformarse de esa conclusión, controvirtiendo judicialmente la solidez científica de aquel dictamen y postulando el encuadramiento de su problema en alguna de las hipótesis contempladas en el art. 86 del Código Penal. Sea cual fuere el continente procesal adecuado (¿amparo?), es lo cierto que en un contradictorio respetuoso del debido proceso legal esta mujer debería probar que aquella negativa de los facultativos

///

responde a apreciaciones médicas o jurídicas inexactas. Estaríamos en presencia, así, de un caso susceptible de decisión jurisdiccional, del que no puede pregonarse ya la innecesariedad de la intervención de los jueces. Es que el procedimiento puramente médico ya está cumplimentado, aunque con resultado adverso a la interesada, la que pone en tela de juicio precisamente sus resultados.

D) Cabría todavía computar el caso en que aprobada por los médicos la práctica abortiva, el representante de la persona por nacer entendiera desacertado tal dictamen, lo que posibilitaría resolver la controversia en un juicio de las características del indicado en el punto anterior.

III.- Sostengo que el presente pertenece a la tercera de las categorizaciones que anteceden, por encima de los aspectos procedimentales que confusamente se han seguido en autos. La demostración de esa pertenencia corresponde ser abordada una vez definido el planteo que ahora nos ocupa, consistente en la necesidad o innecesariedad de pronunciamiento a pesar del aborto espontáneo que ha sido comunicado en autos. Pero es lo cierto que este Tribunal nunca ha fijado criterio en ese tipo de supuestos ni tampoco ha tenido oportunidad de determinar cuales son los pasos

///

20

procesales que en ellos indispensablemente deben recorrerse. De allí la necesidad de tratamiento del recurso.

Entiendo, en el caso, que la menor afectada junto a su progenitora concurrieron al hospital público a los fines de que se materialice el aborto. **Se puso en marcha así el sistema autorizado por la ley y difundido por esta Suprema Corte, en el sentido de que son los médicos los únicos autorizados para resolver tal cuestión.** Procedimiento que en el recordado precedente del Ac. 95.464, caractericé del siguiente modo: **el sistema jurídico, analizado integralmente, permite determinar como conducta que se encuentra fuera del campo de la prohibición la realización del llamado aborto terapéutico, en tanto y en cuanto se reúnan determinadas condiciones, a cuyo efecto los facultativos pueden y deben obrar por sí mismos con arreglo a las leyes de la deontología médica.**

Ahora bien, en esa oportunidad **la respuesta de los "médicos diplomados" resultó negativa.** Todo ello desembocó en la solicitud de autorización para interrumpir la gestación. Sabemos, conforme al criterio del Tribunal, que ninguna autorización es posible otorgar. Pero a la vista de los actos desarrollados en el proceso podemos verificar exactamente la naturaleza de la petición deducida. No es

///

una "autorización" ante inacción de los médicos. Es lisa y llanamente una **pretensión de revisión de lo ya actuado por los facultativos en ejercicio de sus atribuciones.**

En definitiva, este Tribunal cuenta con la oportunidad de fijar criterio en relación al marco litigioso así individualizado, **que no es ya el de una autorización motivada por la inercia de los médicos sino una revisión de la denegatoria efectuada por los médicos.** En este sentido, los parámetros antes apuntados deben ser complementados con el conjunto de precisiones indispensables que provienen de la especificidad de la situación. En primer lugar, la viabilidad de una pretensión de esa naturaleza y, en caso de responderse afirmativamente, la necesidad de transitar un juicio contradictorio de conocimiento pleno, por más abreviado que fuere, en donde el punto de partida esté dado por la constancia fehaciente de la denegatoria médica y sus razones, en el que con suficiente bilateralidad y respetando el conjunto de principios que gobiernan el proceso, mediante prueba pericial idónea complementada con la restante que fuere menester, obtenida aún de oficio, se allegue convicción suficiente sobre el desacierto de aquel dictamen originario, sea en el aspecto puramente médico sea desde la perspectiva legal (arts. 18 y 28, Const. nac.; 10 y 15 de

///

22

la provincial).

Por todo ello, me pronuncio por la necesidad de dar tratamiento al recurso planteado en autos.

Así lo voto.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1) Entiendo que no corresponde que esta Corte dicte sentencia cuando ya no hay caso a resolver. Esta es la regla general que debe guiar la función judicial, pues ella consiste en juzgar casos, y no doctrinas o hipótesis. El art. 116 de la Constitución nacional señala, con una reiteración que sabiamente prefiere la precisión y desdeña la variedad de expresión, que la jurisdicción de los tribunales federales se ejerce sobre "causas": causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y no meramente sobre el sentido de sus artículos, discutidos en abstracto; causas concernientes a embajadores, no temas constitucionales que algún día podrían afectar a algún embajador; causas de almirantazgo, y no controversias generales concernientes a la jurisdicción marítima; y así con todo lo demás.

2) La Constitución de la Provincia de Buenos Aires utiliza otro lenguaje, refiriéndose a las "causas" (art. 163), o a los "casos" (art. 166). No cabe duda, empe-

///

ro, que la regla es la misma que la sentada para los jueces federales, en texto que, a su vez, sigue el modelo del art. III de la Constitución de los Estados Unidos. Esta regla no es causal o caprichosa, sino necesaria para preservar la división de poderes. Conforme a la división constitucional, corresponde que sean los representantes del pueblo, y no los tribunales, los que dicten las reglas que han de servir para juzgar los casos futuros.

3) Me consta que, en contados casos, la Corte Suprema de la Nación ha hecho excepción a esta regla. Sin negar el principio, por supuesto, la Corte federal ha invocado una excepción que es bien conocida en la jurisprudencia norteamericana. En la sentencia publicada en "Fallos" 324:4061 la Corte dijo que *"resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las ya mencionadas"*. Para fundar tal aserto, se remitió a la opinión que fue mayoritaria en "Fallos", 310:819, a la minoritaria de "Fallos", 316:479, y a los precedentes norteamericanos en ellos citados.

4) Ahora bien, el presupuesto de tal excepción no se da en nuestro caso, pues no hay motivo alguno para pensar que su eventual repetición escape a la revisión de esta

///

24

Corte provincial. Más todavía, debo recordar que en el caso de "Fallos", 324:4061, la Corte federal indicó que su decisión era necesaria pues esta Suprema Corte provincial había decidido el asunto (cuando todavía no era abstracto) y había de tal modo convertido en doctrina legal una interpretación que era contraria a la sostenida por la Corte federal. Los tribunales inferiores de la Provincia, dijo la Corte, estarían obligados a aplicar una doctrina que contrariaba expresos precedentes de la Corte federal (ver 324:4061, considerando tercero).

En cambio, si ahora esta Corte resuelve abstractamente el punto que se discutía en estos autos, no evita el problema que señaló la Corte federal: en verdad lo crea, lo provoca. Si sentamos abstractamente una doctrina, entonces puede suceder que la Corte federal estime necesario revisarla. Esto sería la revisión abstracta de una doctrina abstracta. Con el respeto que me merecen las opiniones diversas, creo que en tal supuesto ya pocas notas quedarían de lo que antes llamábamos "función judicial".

5) Nada de eso ocurre si, aplicando la regla general y no su limitadísima excepción, nos abstenemos de dictar "sentencia" en un caso que ya no puede ser alcanzado por ella. Por lo demás, debo recordar que en sus orígenes

///

norteamericanos, la excepción funciona cuando el caso puede repetirse nuevamente para la misma parte. Así por ejemplo, en "*Globe Newspaper Co. v. Superior Court*" (457 U.S. 596), un diario recurrió la orden judicial que le impedía acceder a las audiencias de un proceso en el que se juzgaba la violación cometida contra tres menores de edad. Para el momento en el que el recurso llegó a la Corte federal, el juicio había terminado. Sin embargo, la mayoría de ese tribunal entendió que, dado que quien recurría era quien publicaba un periódico, esa misma parte podía verse afectada por otra orden restrictiva similar en el futuro, y de nuevo ver frustrada su posibilidad de acceder a las audiencias, y (por la rapidez de los procedimientos) también de obtener una revisión ante la Corte. Consecuentemente, y a pesar de que el juicio había terminado, la Corte federal ingresó a la consideración del asunto, y revocó la orden restrictiva.

En "*C. v. P. A.*" (393 U.S. 175), que es el caso citado por nuestra Corte federal, operaban razones similares. La Corte de los Estados Unidos revocó una orden que prohibía por diez días las demostraciones públicas de un grupo racista, razonando que si se emitían órdenes de corta duración en forma sucesiva, la revisión de tales restricciones podía verse frustrada, pues la orden individual ha-

///

26

bría expirado para el momento en que la Corte podía pronunciarse. La Corte hizo referencia a similares situaciones en conflictos laborales.

6) No es mi propósito examinar la jurisprudencia de otra nación a fin de establecer si aquí podemos (o debemos) hacer excepción a una regla general. Sí quiero señalar, que si aplicamos la excepción cuando el caso puede repetirse para algún habitante del territorio provincial, entonces la excepción deja de ser tal, pues todo caso abstracto puede darse en el futuro para alguna persona. Si ese fuera el sentido de la excepción, no habría forma de evitar resolver casos abstractos, como no sea la pura voluntad del tribunal diciendo: este sí, y el otro no.

7) Entendida la excepción de manera que se refiera a los casos que pueden afectar a la misma parte, y que por los motivos señalados escapan a la revisión judicial, advertimos que lo que se protege es el acceso a una revisión efectiva. Si la parte deduce un recurso en un tema que ya no tiene remedio para ella, y si es de prever que habrá de sufrir igual situación en el futuro, entonces el único modo de proporcionarle a esa parte una oportunidad de revisión es el de (precisamente) tratar un caso que ya no tiene remedio.

///

Lo resumo en otras palabras: las sentencias se pronuncian sobre hechos pasados. Pero puede suceder que el hecho sea, no sólo pasado, sino irremediable. Si la sentencia no puede alterar una situación (en modo alguno, ni siquiera patrimonialmente), entonces no debe dictársela. Por excepción, si es previsible que la parte va sufrir lo mismo en el futuro, y que de nuevo lo irremediable se convertirá en obstáculo para su recurso, entonces se hace lo que vimos: la sentencia se dicta antes que los hechos sucedan otra vez. Este es el verdadero sentido, muy limitado, de la excepción al gran principio de que los tribunales no resuelven causas hipotéticas.

8) Se dirá que esta limitación de la excepción se ha desdibujado en algunos precedentes norteamericanos. De todos modos, si bien los tribunales se han referido también al requisito del "interés público", en general ese dato no reemplaza, sino que se añade al ya mencionado. Se dirá también que, en el caso comentado de "Fallos" 324:4061, nuestra Corte federal implícitamente lo creyó innecesario. Pero entonces debo insistir con mi otro argumento: incluso suponiendo que extendamos la excepción para atender a casos probables que afecten a cualquier habitante del territorio provincial, nos falta el requisito de que sea previsible

///

28

que casos futuros no lleguen a la revisión de esta Corte.

Y peor todavía, sentando doctrina obligatoria cuando no es necesario, le creamos un problema a la Corte federal, forzándola eventualmente a intervenir en un caso abstracto, como único modo de sentar su propia doctrina.

9) Finalmente, y por si nada de lo anterior convence, señalo otro motivo que hace aconsejable que mantengamos el principio general. El presente caso involucra sobre todo cuestiones de hecho en las cuales es imposible (por definición) sentar doctrina. La pregunta fundamental era si había absurdo en sostener que, conforme a las pruebas reunidas en la causa, el embarazo o el parto ponían en riesgo la salud física o mental de la madre. Obviamente, esto quiere decir, de **esta** madre, y no de otra habitante que tenga un caso similar en el futuro. Más todavía, la pregunta se refería a **este** embarazo y al parto no sucedido, y no a los que la misma madre pueda tener en el futuro. Pero entonces ¿cómo sentar doctrina legal sobre estas cuestiones?

Había, es cierto, un planteo subsidiario de derecho, pero esta Corte ya lo había tratado en casos anteriores (Acs. 95.464 y 98.830). La decisión que venía recurrida

///

///

C. 100.459

29

no había desconocido esos precedentes, lo que aleja, también en este aspecto, nuestro caso de los precedentes de la Corte federal o de los antecedentes norteamericanos que le sirvieron de referencia.

Por lo dicho, voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

En atención a lo acordado -por mayoría- al votar la cuestión anterior, no corresponde el tratamiento de la presente.

Así lo voto.

Los señores jueces doctores **Negri, Soria, Hitters, Kogan, de Lázzari, Roncoroni**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia.

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oída la señora Procuradora General, habiéndose tornado abstracta la cuestión litigiosa, se resuelve -por mayoría- que no resulta necesario pronunciarse respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

///

///

30

Notifíquese y devuélvase.

FRANCISCO HECTOR RONCORONI

DANIEL FERNANDO SORIA

HECTOR NEGRI

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

ADOLFO ABDON BRAVO ALMONACID
Secretario