San Carlos de Bariloche, 27 de marzo de 2019.-

Se ha promovido el expediente caratulado **'"P C/ S, L[redacted] S/ AMPARO (f) (RESERVADO)"' Expte. N° 25.718/19,** en el cual; el Sr. ... plantea acción constitucional con el objeto de que la Sra. L[redacted] B[redacted] -quien fuera su pareja y a quien califica de "exmujer"- no interrumpa el embarazo de 3 meses que estaría cursando.

La causa se radicó por conexidad en el Juzgado de Familia N° 7 a mi cargo, toda vez que tramita aquí la causa **"S, L[redacted] B[redacted] c/ P, G s/ ley 3040 (f) (reservado)"**, Expte. N° 25121/18, en la cual se han dictado medidas proteccionales hacia la Sra S[redacted], que tendrán vigencia hasta el día 31 de marzo próximo.

Cabe señalar que el amparista habría formulado denuncia penal contra la Sra S por el mismo motivo de este amparo. A fs 2 a 4 obran las constancias correspondientes. La denuncia ingresaría a la Unidad Fiscal N° 5.

Ante estado de cosas, adelanto que corresponde rechazar in limine el amparo, por diversas razones conjuntas que desarrollo a continación:

I-El actor carece de legitimación: La acción constitucional de amparo puede interponerse de acuerdo a la ley rionegrina por si o por terceros (art 43 de la Constitución) .

Ahora bien, la acción se dirige contra la Sra , a quien se le atribuye la lesión del derecho constitucional cuya protección el actor reclama y es la sujeto pasivo de amparo.

Aún cuando el art. 19 del CCyC marca el comienza de la vida con la concepción, la calidad de persona se adquiere con el nacimiento ya que de no producirse se considera que la persona nunca existió.

El art 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que declara el derecho a la vida, también marca que no se trata de un derecho absoluto, al señalar que el derecho a la vida estará protegido por la ley, **y en general**, a partir del momento de la concepción. Nadie, reza la norma, puede ser privado de la vida **arbitrariamente.** La vida prenatal, ergo, no se encuentra excluida de la protección legal, pero si la vida de la madre y la del concebido no son compatibles, surge la posibilidad de aborto no punible admitido por ley, como una suerte de privación no arbitraria.-

En el caso "Artavia Murillo", la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Sostuvo también que "..es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general."

De aquí se desprende que nunca será absoluta la prohibición/penalización del aborto por cuanto una interpretación de buena fe de la norma permite considerar los casos y circunstancias particulares.

Así las cosas, el amparista no está legitimado por cuanto su eventual derecho se enervaría recién a partir del nacimiento. Pero a mayor abundamiento, en su presentación, P ha dejado entrever que ni siquiera tiene certeza de ser el padre .

De hecho, el acta labrada por secretaría reza que peticiona que "... se le impida (a S) efectuar tal acto a fin de que, cuando nazca el bebé practicarse el ADN correspondiente y, en caso de que ella no desee criarlo, hacerse cargo del niño."

No siendo entonces titular de un derecho subjetivo actual, carece de legitimación para instar la acción.

En este orden de ideas, entiendo pertinente traer a colación un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -Boso vs. Italia del año 2002- en el cual se concluye que el art. 8 del Convenio Europeo correspondiente al respeto y derecho a la vida familiar, no otorga al futuro padre el derecho a ser consultado en relación a la decisión de la madre de someterse a un aborto.

En el derecho nacional, en que el aborto está penado por el art 86 del CP salvo aquellas hipótesis que lo convierten una práctica lícita sujeta a un criterio médico-sanitario, resulta más claro aún que no puede incidir en la decisión más que la propia embarazada y los profesionales que la asistan.-

II-Improcedencia de la judicialización: La Corte Suprema de Justicia ha trazado ciertos lineamientos en la causa "F.A.L" del año 2012, que deben ser recordados ahora, y que ponen en claro que la cuestión atinente a la procedencia del aborto no punible o interrupción legal del embarazo -ILE- es un asunto que le corresponde a los profesionales de la salud, siendo la judicialización un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego.

La Corte sostuvo que los procesos burocráticos -ya sea pedido de autorización o supervisión de la procedencia de una práctica por un juez, como se pretende en este caso- llevan ínsita la potencialidad de la prohibición y por tanto contra legem del aborto autorizado en la legislación penal.

La experiencia indica que cada caso que ha sido judicializado lo ha sido para dilatar los tiempos hasta hacer que la práctica del ILE se vea imposibilitada por el avance de la gestación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Asunto B" también sostuvo que corresponde al ámbito médico adoptar todas las medidas necesarias y efectivas sin interferencia alguna.

En 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer en sus observaciones finales para nuestro país, instó -sin éxito- al Estado argentino a revisar la legislación vigente que penaliza el aborto y tiene graves consencuencias para la salud y la vida de las mujeres.

De allí que no hay duda de que estamos ante un tema de política sanitaria que no debe ser materia de decisión judicial.

III-Contexto de violencia. Un tema para nada menor en la situación que nos ocupa es que se halla verificada la violencia de género, en que la Sra es víctima y el Sr victimario.

El Equipo Técnico del Tribunal, abordó el caso y produjo informe (fs 18/19 del expediente 25121/18) concluyendo la existencia de los siguientes indicadores:

"-Ejercicio de violencia de género de tipo psicológica, económica y patrimonial hacia la mujer y los hijos, negando el dinero suficiente que permite satisfacer derechos básicos. Amenazas e insultos que no cesan, así como manipulaciones para que la denunciante no avance con las acciones legales correspondientes."

"-Violencia infanto - juvenil de tipo psicológica y física hacia los hijos."

"-La progenitora minimiza y naturaliza los hechos de violencia vivenciados por sus hijos."

"-Como factores de protección, S[redacted] cuenta con acompañamiento institucional y red de contención socio - familiar."

Con base en esos antecedentes, se dictaron diversas medidas de protección fundadas en la ley 26485 que al dia de hoy están vigentes.

El Consejo Provincial de la Mujer ha coincidido en que la Sra S lleva inmersa más de 15 años en un circulo de violencia, por lo que se le brinda acompañamiento para poner fin a esa situación (fs 14/16 y 49/50).

La intromisión del amparista en este marco implica una clara vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de la victima, encuadrados en el art 6 inc d) de la ley 26657.

Cito aquí la explicación de Mariana Prunotto sobre la cuestión: "La desigualdad está asentada sobre la base de un sistema dominado por los varones, cuyo núcleo fundamental se encuentra en el control que ejercen sobre la reproducción y la sexualidad de las mujeres, y que limita las posibilidades de que éstas alcancen niveles de bienestar en esos ámbitos." (Libertad Rreproductiva y Género. En: La protección integral de las mujeres contra la violencia de género. Editorial Juris 2015. Pag 529).

Por consiguiente, está claro que no puede otorgarse al presentante participación en el asunto, sin ponerlo en un lugar de prevalencia que reproducirá la asimetría entre las partes también en este ámbito.

IV-Derechos personalisimos en juego: El art 51 del CCyC declara la inviolabilidad de la persona humana y el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. La intromisión sobre una cuestión que hace a la esfera íntima de la persona, como es la práctica de un aborto prescripto por la autoridad sanitaria, debe ser desestimada de plano.

El Código Civil y Comercial de 2015 adscribe claramente a los preceptos de la concepción liberal de la sociedad que tan claramente ha explicado Carlos Nino en su "Etica y Derechos Humanos".

El principio de inviolabilidad de la persona se sustenta en el de autonomía, y se describe como la proscripción de imponer a la persona contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio. (Nino, Op. Cit. Astrea. 2007. Pag. 239)

La pretensión de que alguien lleve adelante un embarazo para satisfacer intereses de quien eventualmente podría ser el padre de la persona por nacer, resulta violatorio de estos preceptos y llevan sin más a la desestimación del planteo, también con fundamento en el propio código civil.

Para concluir, y reiterando que no cabe sino rechazar de plano la pretensión de P y a modo de disquisición entiendo procedente hacer notar que este tipo de situaciones ponen en evidencia la necesidad de una regulación moderna y actualizada del aborto, sobre los lineamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer ya citado más arriba.

Aún si la Sra S[redacted] quisiera practicarse un aborto punible, de los tipificados en el código penal, ¿Cuál sería la forma en que el Estado podría "prevenir" tal conducta?

¿Sería lícito, por ejemplo, proceder al encarcelamiento preventivo, o a una internación involuntaria hasta que se complete la gestación?.

Está claro que a la luz de la frondosa regulación protectiva de las mujeres, ya sea del sistema de Naciones Unidas, del sistema interamericano, más las leyes nacionales y locales, que no hay forma de prevenir esta conducta. Esto es así porque no puede soslayarse que el embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia por fuera del cuerpo gestante ni puede ser protegido sin afectar a ese cuerpo gestante, que es, lisa y llanamente, un ser humano.

Por lo desarrollado hasta aquí, RESUELVO: 1) Rechazar in limine el amparo interpuesto por el Sr ... . 2) Protocolícese. Notifíquese.

María Marcela Pájaro
Jueza de Familia