

# El aborto terapéutico en los fetos anencefálicos: su aplicación en el derecho penal argentino

Universidad Empresarial Siglo 21

Alumno: María Alicia Bee Sellares

Tutor de la carrera: María Eugenia Cantarero

Tutores de la materia: Cristina González Unzueta

Lorena Elbaum

Trabajo Final de Graduación Abogacía – Año 2012

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi padre, cuya luz y templanza me acompañan cada día de mi vida. Sin él, sin su comprensión, su confianza y su cariño, nada de esto hubiera sido posible.

A mi madre, que con su amor e insistencia me ayudó a llegar a mi meta.

A mis hermanos, por su apoyo y contención. Especialmente a Marcelo, mi maestro en la carrera y la profesión, cuya tenacidad siempre fue un ejemplo a seguir.

A mi tía y a mi primo, por su apoyo y cercanía, a pesar de la distancia.

A mis amigas, compañeras de vida, que siempre estuvieron ahí para levantarme en cada caída.

Gracias.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como objetivo analizar cuales son las posibilidades de encuadrar la figura del aborto terapéutico, contemplado en el Artículo 86 Inciso 1 del Código Penal, al diagnóstico de anencefalia recibido por una mujer encinta.

A los fines de arribar al mencionado objetivo, el trabajo se encuentra dividido en tres grandes líneas. En primer lugar, en el capítulo segundo se realiza una aproximación a la figura del aborto en general para luego analizar al aborto terapéutico en particular, haciendo hincapié en los elementos que caracterizan al tipo penal. En el capítulo tercero se realiza una aproximación a la anencefalia, su diagnóstico y las consecuencias psico físicas en la mujer embarazada. En una segunda línea, el capítulo cuarto aborda la jurisprudencia existente en nuestro país, en concreto, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2001. En el capítulo quinto, se analizarán dos proyectos de ley sobre la temática abordada y la ley 1044 de la ciudad de Buenos Aires. La tercera línea, tratada en el capítulo sexto, se aboca a la autorización judicial y su pertinencia, finalizando el trabajo con el análisis concreto de la aplicación del aborto terapéutico en los fetos anencefálicos.

## **ABSTRACT**

This paper aims at analyzing the possibilities of framing the figure of therapeutic abortion, as defined in Article 86 Paragraph 1 of the Penal Code, the diagnosis of anencephaly received by a pregnant woman.

For the purpose of arriving at that objective, the work is divided into three main lines. First, in the second chapter presents an approach to the figure of abortion in general and then analyze therapeutic abortion in particular emphasizing the elements

that characterize the offense. In the third chapter is an approach to anencephaly, diagnosis and psycho physical consequences in pregnant women. In a second line, the fourth chapter deals with the case in our country, in particular, a failure of the Supreme Court of Justice of the Nation 2001. In the fifth chapter, we will analyze two bills on the topics addressed and the law 1044 of the City of Buenos Aires. The third line, discussed in chapter six, tackles judicial authorization and relevance, finishing the job with the concrete analysis of the application of therapeutic abortion in anencephalic fetuses.

## INDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### Capítulo 1: Planteamiento del problema

1.1 Introducción	7
1.2 Problema de investigación – Justificación	9
1.3 Definición de objetivos generales y específicos	11
1.4 Preguntas de investigación	12
1.5 Marco metodológico	13
1.6 Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales	15

### Capítulo 2: Aspectos generales del aborto

2.1 Concepto de aborto	20
2.2 Concepto de aborto terapéutico	21
2.3 Elementos del aborto terapéutico	22
2.4 Diferencia con el estado de necesidad	24
2.5 Conclusiones parciales	25

### Capítulo 3: Aspectos generales de la anencefalia

3.1 Concepto de anencefalia	26
3.2 Diagnóstico	28
3.3 Consecuencias físicas	29
3.4 Consecuencia psicológicas	30
3.6 Glosario	30
3.5 Conclusiones parciales	31

**Capítulo 4:** Análisis jurisprudencial

4.1 CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”	33
4.2 Conclusiones parciales	45

**Capítulo 5:** Análisis legislativo

5.1 Proyecto de ley de la Diputada Marcela Larrosa	46
5.2 Ley 1044 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	48
5.3 Proyecto de ley de la Diputada Margarita Stolbizer	49
5.4 Conclusiones parciales	50

**Capítulo 6:** Aplicación del aborto terapéutico en fetos anencefálicos

6.1 Solicitud de autorización judicial	52
6.2 Análisis de la aplicación del aborto terapéutico en fetos anencefálicos	53
6.3 Conclusiones parciales	55

**Capítulo 7:** Consideraciones

7.1 Conclusiones	57
7.2 Bibliografía	59
7.3 Anexos	62

## **CAPÍTULO 1: Planteamiento del problema**

### **1.1 INTRODUCCIÓN**

Por regla general, el anuncio de un embarazo es un hecho que genera regocijo en el entorno familiar. Pero ¿qué sucede cuando la mujer gestante es anoticiada de que el feto padece una enfermedad? Más aún, cuando esa anomalía resulta ser de tal gravedad que imposibilita la vida extrauterina del feto. Ante tal situación, la madre gestante podrá optar por seguir adelante con el embarazo a pesar de las consecuencias ya conocidas o, teniendo en cuenta los antecedentes en la materia, podrá acudir a la justicia solicitando un remedio que ponga fin a su padecimiento. En ese último caso, ¿corresponde que los jueces hagan lugar a su pedido? O ¿con el sólo consejo profesional y la autorización de la embarazada, sin intervención de la justicia, basta para llevar adelante la práctica abortiva?

En este trabajo de investigación se tratará el instituto del aborto terapéutico contemplado en el Art. 86, Inciso 1º del Código Penal, el cual autoriza al galeno a practicar un aborto en caso de grave peligro para la vida o salud de la mujer embarazada. Específicamente, se tratará de manera concreta una de las tantas enfermedades que imposibilitan el desarrollo normal del feto e impiden su vida fuera del seno materno: la anencefalia. Haciendo un minucioso análisis de las consecuencias, tanto físicas como psíquicas, que produce la anencefalia sobre la mujer gestante y el entorno familiar, se intentará establecer si corresponde la aplicación del aborto terapéutico en los casos de fetos anencefálicos.

Este trabajo final de graduación se divide en tres grandes líneas: En primer lugar, en el capítulo segundo se intentará dar un concepto de aborto en general, para luego tratar la figura del aborto terapéutico en particular, sus elementos y diferencias con el estado de necesidad. En el capítulo tercero, se hará un abordaje sobre la

anencefalia, su diagnóstico y, sobre todo, las consecuencias psicofísicas para la mujer embarazada y su familia. En segundo lugar, se abordará en el capítulo cuarto un análisis jurisprudencial sobre esta temática, haciendo un análisis exhaustivo de la jurisprudencia que se ha sentado en nuestro país ante el requerimiento de autorización judicial para llevar adelante el aborto, incluyendo un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El capítulo quinto, está destinado a un análisis de un proyecto de ley presentado por la diputada Marcela Larrosa en el año 2001 que sirvió de antecedente a la legislación existente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un proyecto de ley sobre el tema abordado presentado en el año 2005 por la diputada nacional Margarita Stolbizer. Por último, en el capítulo sexto, se analizará si es necesario una autorización judicial expresa para llevar adelante la maniobra abortiva y se intentará establecer cuáles son las posibilidades de aplicar el aborto terapéutico a los casos de fetos anencefálicos, haciendo un análisis de los elementos del mismo con el objetivo de establecer si corresponde aplicar dicha figura penal al caso concreto.



## 1.2 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Es aplicable el Artículo 86 Inciso 1 del Código Penal que recepta el aborto terapéutico en los casos de anencefalia?

El trabajo se propone, haciendo un análisis de los elementos que constituyen el aborto terapéutico, analizar qué posibilidad cabe de aplicar dicha figura frente a un diagnóstico de anencefalia.

## JUSTIFICACIÓN

La anencefalia, como defecto del cierre del tubo neural, es una de las malformaciones más frecuentes en la especie humana. Aquellos fetos que padecen esta anomalía, si llegan a término y logran nacer con vida, poseen bajísimos niveles de vitalidad y su sobrevida es de pocas horas, a lo sumo, un par de días.

El diagnóstico precoz de esta enfermedad, detectable a través de una ecografía rutinaria a partir del tercer mes de embarazo, obliga a abordar la temática con suma responsabilidad. Si bien, gracias a hallazgos relacionados con factores alimenticios, se ha logrado disminuir la frecuencia de casos de anencefalia en nuestro país y el mundo entero, aún se presentan fetos que son gestados con esta malformación.

A pesar de dichos avances y la disminución de los casos de anencefalia, aun existe un vacío legal en este sentido en nuestro país. Es frecuente, que frente al diagnóstico presentado por el galeno, la afectada deba concurrir a los estrados judiciales a solicitar una autorización judicial para llevar adelante la práctica abortiva. Finalmente, cuando el tribunal logra expedirse al respecto, ya es demasiado tarde. Como bien reza el adagio, la justicia lenta no es justicia.

Intentando remediar esta situación, se han presentado proyectos de ley en nuestro país que contemplan expresamente esta situación pero aún la solución a esta

problemática no se ha concretado. Frente a esta realidad, el auxilio del derecho se torna necesario para amparar la salud de la mujer encinta, convirtiendo a la figura del aborto terapéutico en una posible solución a la situación de padecimiento, tanto físico como psíquico, que sufre la embarazada.

### **1.3 OBJETIVO GENERAL**

Analizar la posibilidad de que la anencefalia sea encuadrada en la figura de aborto terapéutico contemplado en el Artículo 86 Inciso 1 del Código Penal Argentino.

### **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Definir el aborto.
- Definir el aborto terapéutico y los requisitos para su procedencia.
- Comparar el aborto terapéutico con el estado de necesidad.
- Explicar el concepto de anencefalia.
- Exponer las consecuencias psicofísicas de la anencefalia del feto para la mujer gestante y su entorno familiar.
- Analizar la jurisprudencia relevante existente en la República Argentina sobre fetos anencefálicos.
- Analizar la ley 1044 de Salud Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Evaluar la necesidad de una solicitud de autorización judicial para la procedencia del aborto terapéutico en el caso de feto anencefálico.
- Determinar si en los casos de anencefalia se cumplen los requisitos para la aplicación del aborto terapéutico.

#### 1.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- ¿Qué es el aborto?
- ¿Qué es el aborto terapéutico?
- ¿Cuáles son los requisitos del aborto terapéutico?
- ¿Qué diferencia el aborto terapéutico con el estado de necesidad?
- ¿Qué es la anencefalia?
- ¿Cuáles son sus consecuencias a nivel psicofísicas para la mujer encinta de un feto anencefálico?
- ¿Existen antecedentes jurisprudenciales en la República Argentina?
- ¿De que manera han fallado y argumentado los jueces de nuestro país?
- ¿Existe legislación sobre el tema en la República Argentina?
- ¿Es necesaria la solicitud de autorización judicial para llevar adelante la maniobra abortiva?
- ¿Se podría considerar a la mujer embarazada de un feto anencefálico como un caso de aborto terapéutico?
- ¿Concurren los requisitos del aborto terapéutico en los casos de fetos anencefálicos?

## 1.5 MARCO METODOLÓGICO

A los fines de establecer el marco metodológico del trabajo de investigación, es importante definir qué se entiende por metodología. Según Yuni y Urbano, “la metodología de la investigación es la teoría o ciencia del método” (Yuni y Urbano, 2003, pág. 9).

Además, señalan los autores, “provee reglas que el investigador debe tomar como criterios para conducir el proceso de investigación, reglas para interpretar las observaciones, y reglas para obtener conclusiones” (Yuni y Urbano, 2003, pág. 10).

En el trabajo de graduación se utilizará el tipo de estudio exploratorio, que es aquel “cuyo objetivo es explorar un fenómeno sobre el cual no se conoce demasiado” (Yuni y Urbano, 2003, pág. 46).

Al utilizar este método de estudio, el objetivo del trabajo es lograr arribar a una mayor familiaridad con la temática del aborto terapéutico y, en particular, sus posibilidades de ser aplicado en un caso de inviabilidad del feto como se da en el caso de la anencefalia. A estos fines, se utilizará la recolección de legislación, jurisprudencia y doctrina especializada en el tema.

La estrategia metodológica del trabajo debe ser acorde al tipo de método a utilizar, es por esto que emplearemos una estrategia de orden cualitativa “que se utiliza en estudios cuyo objetivo es examinar la naturaleza general de los fenómenos” (Van Delen y Meyer, 1944, s/d).

Por otro lado, las fuentes a utilizar se dividirán en primarias y secundarias. En el caso de las primarias, se hará hincapié en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y a la legislación existente en la República Argentina. Dentro de las secundarias, se analizará exhaustivamente la doctrina existente sobre la base de los distintos fallos que existen

sobre la materia, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también abarcando el aspecto médico.

En lo que hace a la técnica de recolección de datos, se tratará de la observación de datos o documentos obtenidos a partir de las fuentes primarias y secundarias ya detalladas. Buscando exponer conceptos básicos para luego poder arribar al análisis propio del problema de investigación planteado en el presente trabajo.

Finalmente, en cuanto a la delimitación temporal y el nivel de análisis del trabajo, cabe destacar que si bien existe un antecedente de jurisprudencia sobre la temática en la década del noventa; el mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinario se ha desarrollado a partir del año 2000 a nivel nacional. Es por esto, que el trabajo se acotará al estudio de las distintas manifestaciones que ha habido en la última década en nuestro país con relación al tema de investigación planteado.

## 1.6 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, DOCTRINARIOS Y

### JURISPRUDENCIALES

En relación a los antecedentes legislativos, uno de los casos de excepción a la punibilidad del aborto, conocido como aborto terapéutico, se encuentra legislado en el Artículo 86, Inciso primero del Código Penal Argentino. En dicho artículo se mencionan los requisitos de la figura y los casos que se encuentran contemplados:

Art 86 El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º. Si se ha hecho 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

Por otro lado, en lo que atañe estrictamente a la anencefalia el único antecedente legislativo se encuentra en la Ley 1044 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La misma fue dictada el 26 de junio de 2003. Su finalidad, como se encuentra expresado en el Artículo Primero es regular:

Art 1. Ley 1044: "...el procedimiento en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida".

Su incorporación a la legislación argentina fue un hecho de gran notoriedad, no obstante, el articulado parece ofrecer una solución forzada a la situación de extrema vulnerabilidad que padece la mujer.

Si bien ha contemplado la posibilidad de que la embarazada opte por llevar adelante-previo diagnóstico, información y atención psicoterapéutica- el adelantamiento del parto, ha supeditado esa opción a la condición de que el feto alcance la edad mínima para ser considerado "viable", esto es, las veinticuatro (24) semanas de gestación. A la

luz de los hechos, resulta ser un requisito totalmente incompatible con la realidad del feto y la mujer gestante que no hace más que cercenar su autonomía, en desmedro de la salud de la embarazada sin ningún tipo de beneficio para el feto.

A los fines de remediar este defecto legal y el silencio legislativo que hay a nivel nacional, se han presentado numerosos proyectos, entre los cuales cabe destacar el de la Diputada Margarita Stolbizer del año 2005. La propuesta consiste en incorporar un inciso 3° al artículo 86 del Código Penal, en que expresamente se contemplen los casos de embarazo anencefálico. Frente al diagnóstico de inviabilidad extrauterina y previo consentimiento de la mujer, el médico diplomado podría llevar adelante la práctica abortiva sin ningún tipo de consecuencia de índole penal.

Al carecer el caso concreto de legislación, la investigación se centra en los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia. El caso “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”<sup>1</sup> constituye el *leading case* en la materia. La petición de interrupción del embarazo fue presentada por una mujer que, ante el pronóstico de inviabilidad del feto que padecía anencefalia y la negativa del Hospital Materno Ramón Sardá a llevar a cabo la medida abortiva sin la venia judicial, se vio obligada a iniciar la acción de amparo. Luego de que se le denegara la autorización, tanto en primera como en segunda instancia, interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones y admitió la acción de amparo, autorizando a los médicos del nosocomio a realizar la inducción del parto.

Frente al fallo, el Ministerio Público, en representación de la persona por nacer, interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La

---

<sup>1</sup>CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 11/01/2001, JA 2001-II-356, Fallos 324:5.



Corte se expidió a favor de la petición de la gestante y autorizó la inducción del parto frente al desenlace fatal e irremediable que padecería el feto. En esta sentencia, dictada por mayoría, el Tribunal Superior decidió darle prioridad al derecho a la salud de la mujer frente al derecho a la vida del feto, cuya muerte se produciría como consecuencia de la enfermedad que padecía y no del adelantamiento del parto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (11/1/2001) resolvió autorizar la inducción al parto respecto de un feto anencefálico basándose, en lo sustancial, en los siguientes argumentos: 1) No ha sido objeto de la pretensión del matrimonio el aborto, sino el adelantamiento del parto a fines de evitar un daño psiquiátrico mayor para la familia; 2) el adelantamiento del parto no beneficia ni perjudica al nasciturus; 3) su nacimiento no le provocará la muerte sino que la deficiencia congénita será la causa de su fallecimiento; frente al fatal desenlace de la vida del niño cobran virtualidad los derechos de la madre y la familia a la salud psicológica y física. (Saiz, 2007, pág. 191)

Cabe destacar que la casuística lo convierte en un precedente que plantea interrogantes. En el caso en cuestión, al momento del dictado de la sentencia, la mujer cursaba su octavo mes de embarazo. Ante la inminencia del parto, es lógico que los magistrados hayan planteado que en el caso en concreto se trataba de una inducción al parto y no de un aborto propiamente dicho. Situación paradójica, más si tenemos en cuenta que en un gran porcentaje los embarazos afectados por esta enfermedad no llegan a término.

En cuanto a la doctrina, la misma es proclive a interpretar que se trata de casos en que debe aplicarse el artículo 86 inciso 1°.

El art. 86 inc. 1° del Cód. Penal enuncia que “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar el peligro para la vida o la salud de la madre y este

peligro no puede ser evitado por otros medios...”. El legislador argentino instauró un sistema de indicaciones puro (sin límites de plazo, o sea, durante cualquier momento del embarazo) el cual implica una renuncia formal (jurídica) de accionar en esta colisión de derechos mediante el sistema penal. Para que ello ocurra se requiere: a) que quien practique el aborto sea un médico y que éste proceda con el consentimiento de la mujer y b) que el fin que se persigue (como elemento subjetivo) sea evitar un peligro para la vida y la salud de la mujer. Ante una colisión de derechos entre la mujer y la vida humana en formación sólo puede ser resuelta mediante la realización de un aborto, la solución menos perjudicial que resuelve la antinomia es la muerte del feto. (Gil Domínguez, 2005, pág. 3-4)

Sin embargo, así como en los antecedentes jurisprudenciales, se encuentran autores que sostienen la primacía del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre gestante. En este sentido, se argumenta sosteniendo que “cuando hay dos derechos subjetivos en juego, de no ser posible su armonización, debe darse protección al de mayor jerarquía (que en este caso es la vida). Ante la duda, siempre debe estarse a favor de la vida” (Peralta Mariscal, 2003, pág. 1).

Más allá de las discusiones de orden bioético que se puedan producir en torno a estos casos, es importante destacar una cuestión recurrente que se plantea: La legitimidad del pedido de autorización judicial de los galenos para realizar la medida abortiva. En el articulado del Código Penal en ningún momento se menciona la necesidad de que se requiera una autorización judicial, basta el mero consentimiento informado de la mujer encinta o, sus representantes, en caso de que sea menor o incapaz. Es una decisión que sólo incumbe al galeno y a la mujer encinta, como muchas veces ha sido manifestado por la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, María Cavallo establece:

“Este vergonzoso episodio no hizo más que agravar una situación de por sí grave y muy lamentable: las mujeres argentinas legitimadas a tener un aborto no punible no pueden acceder a él porque las y los profesionales de la salud y las y los directores de los hospitales se niegan a practicarlos o solicitan autorizaciones judiciales ilegales como pre requisito para el procedimiento”. (Cavallo, 2011, pág. 2)

## **CAPÍTULO 2: Aspectos generales del aborto**

En el presente capítulo se abordará la temática del aborto con una primera aproximación al concepto de aborto en general, para luego analizar el aborto terapéutico en particular, sus requisitos y su procedencia. Por último, se buscará diferenciar al aborto terapéutico del estado de necesidad, ya que algunas similitudes en sus elementos acarrearán confusión.

### **2.1 CONCEPTO DE ABORTO**

La figura simple del aborto se encuentra contemplada en el Artículo 85 del Código Penal Argentino, el cual reza:

El que causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuese seguido de la muerte de la mujer.

Antes de proseguir con el contenido del presente capítulo se torna imperioso dar un concepto de aborto, el cual es expuesto de manera sobresaliente por el Dr. Ricardo Nuñez: “Jurídicamente el aborto es la interrupción del embarazo de la mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o un tercero, con o sin expulsión del seno materno”. (Nuñez, 1999, pág. 22)

De la mencionada definición, siguiendo la línea del mismo autor, se desprende que tres son los elementos constitutivos del aborto:

1. El embarazo de la mujer: La maniobra abortiva practicada en una mujer embarazada sea porque no había concebido o porque el feto había muerto con anterioridad, configura un delito imposible por inidoneidad del objeto sobre el que recae la acción del autor.
2. La muerte del feto causada por la madre o por un tercero: La naturaleza del medio empleado por el autor para causar el aborto es indiferente, lo exigible es que el medio usado haya causado el aborto.
3. El dolo del autor, sea la madre o el tercero: El autor tiene que haber obrado con el propósito de causar el aborto. (Nuñez, 2009, pág 22-23)

Este mismo sentido se ha manifestado Carlos Creus al expresar “todas estas figuras requieren un conjunto de elementos que le son comunes; la existencia de un embarazo en la mujer; que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente, y que su muerte se haya debido a esta acción” (Creus, 1992, pág. 61-62).

La ausencia de cualquiera de estos elementos convertiría el accionar del actor en un hecho atípico, ajeno a la figura del delito de aborto contemplado en nuestro Código Penal.

## **2.2 CONCEPTO DE ABORTO TERAPÉUTICO**

Dentro de la figura del aborto, encontramos casos de excepción en los cuales la maniobra abortiva practicada por un médico diplomado no resulta punible atendiendo a las circunstancias del hecho o el objetivo que se persiga con la realización de esta acción por parte del médico. A estas excepciones se las conoce como “aborto profesional impune” y están contempladas en el Artículo 86, segundo párrafo del Código Penal:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho 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.

De una interpretación restringida del mencionado artículo se desprende que dos son los casos en los cuales un médico podría realizar un aborto con el consentimiento de la mujer y no ser perseguido penalmente por ello: el aborto necesario o terapéutico, contemplado en el inciso primero y el aborto eugenésico, contemplado en el inciso segundo.

En el trabajo se hará hincapié en el estudio del aborto necesario o terapéutico el cual es llevado adelante a los fines de salvaguardar la vida o la salud de la mujer sin que el peligro que la amenaza pueda ser evitado por otros medios. A los fines de estudiar la figura, se torna indispensable hacer un análisis de sus elementos y distinguirlo del estado de necesidad como causa de justificación.

### **2.3 ELEMENTOS DEL ABORTO TERAPÉUTICO**

Haciendo un análisis exhaustivo del primer inciso del Artículo 86 surge que son requisitos para el mismo “a) que quien practique el aborto sea un médico diplomado y que éste proceda con el consentimiento de la mujer, y b) que el fin que se persigue (como elemento subjetivo) sea evitar un peligro para la vida y la salud de la mujer” (Gil Domínguez, 2005, pág. 3).

De igual manera, se manifiesta Creus al distinguir los tres elementos típicos del aborto terapéutico como: 1) la calificación del agente, 2) el consentimiento de la mujer y 3) la finalidad del mismo (Creus, 1992, pág. 69-70)

Quien lleva adelante la maniobra abortiva sólo puede ser un médico diplomado, es decir, un profesional de la salud con la respectiva autorización y matrícula otorgada por el Colegio de Médicos para ejercer su profesión.

Otro elemento que se requiere para la procedencia de esta figura es que la mujer otorgue su consentimiento para la realización del aborto. En estos casos, se habla de consentimiento informado, en el sentido de que la mujer ha sido debidamente anoticiada de su diagnóstico y las consecuencias que el mismo acarrea por parte del galeno, previo a otorgar su autorización para llevar adelante la maniobra abortiva. “El consentimiento informado es definido como la declaración de voluntad del paciente luego de habersele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable” (López Mesa-Trigo Represas, 2005, s/d). Se han presentado dificultades en los casos de menores que deban otorgar su consentimiento. En este sentido, la doctrina considera que “los padres, en estos casos, pueden y deben asistir a la menor, pero no la sustituyen...con los debidos resguardos, la menor tiene derecho a decidir”. (Saiz, 2007, pág. 190)

Al respecto, Julio Rivera expone:

“La práctica del aborto, incluso el terapéutico, requiere el consentimiento de la mujer embarazada. Ello deviene de los principios generales y ahora encuentra fundamento en la ley 26529 de Derechos de los Pacientes que exige el consentimiento informado para cualquier tratamiento o intervención sanitaria y respeta explícitamente el principio de autonomía.

En el caso de la persona incapaz, el consentimiento debe prestarlo su representante legal; así surge también de la ley 26529.

Pero tratándose de menores debe tenerse en cuenta la vigencia de la ley 26061 y lo previsto por el art. 2, inciso e de la ley 26.529. Este inciso de la ley de Derechos del Paciente, en su segundo párrafo, dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen

derecho a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud” (Rivera, 2010, pág. 6).

Por último, el elemento subjetivo de la figura, esta dado por el fin que se persigue al darle fin a la vida del feto que es preservar la salud o vida de la mujer si es que no puede ser salvaguardada por otros medios.

De esta manera, se concluye que: “el aborto es necesario, conforme a un diagnóstico médico fundado y anticipado (terapéutico) con el tiempo suficiente (en frío) para evitar, precisamente, que se produzca la inminencia del riesgos, y preservar así, la salud o la vida de la madre quién debe, al mismo tiempo, prestar su libre y voluntario consentimiento”. (Saiz, 2007, pág. 188)

#### **2.4 DIFERENCIA CON EL ESTADO DE NECESIDAD**

Por la delicada situación que atraviesa la madre, es común que el aborto terapéutico sea confundido con el estado de necesidad contemplado en el Artículo 34, inciso 3 del Código Penal pese a que existen numerosas diferencias que las constituyen en figuras totalmente distintas y no una mera repetición como muchas veces ha sido catalogado.

Al respecto, Jorge Buompadre, expresa: “La normativa contempla, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud” (Buompadre, 2000, pág. 195).

En este sentido, Fontán Balestra ha sido capaz de marcar cuatro diferencias entre ambas figuras que resuelven la confusión con suma claridad:



1. En el Artículo 34, inciso tercero, es necesario tomar en consideración el valor de los bienes en conflicto ya que se trata de causar un mal para evitar otro mayor. Mientras que el Artículo 86, inciso primero, resuelve la cuestión dando primacía al grave peligro para la vida y aun para la salud de la madre.
2. El estado de necesidad requiere que el mal sea inminente y extraño al sujeto, mientras que en el aborto terapéutico no es necesario que el mal ni el peligro sean inminentes, mucho menos aún, que sea extraño a la mujer.
3. El estado de necesidad puede ser alegado por cualquier persona que se encuentre en una situación que encuadre en los requisitos establecidos por la ley, mientras que el aborto terapéutico sólo ampara a un médico diplomado.
4. Por último, el aborto terapéutico requiere del consentimiento de la mujer encinta, mientras que dicho consentimiento es innecesario en el estado de necesidad. (Fontán Balestra, 2007, pág. 1-2)

## 2.5 CONCLUSIONES PARCIALES

Luego de haber analizado la figura del aborto en general y el aborto terapéutico en particular, es posible concluir que esta figura tiene como objetivo salvaguardar la vida o la salud de la mujer frente al proyecto de vida que constituye el feto por nacer, cuando no haya otro remedio que llevar adelante la maniobra abortiva. Todo ello, con el consentimiento expreso de la mujer encinta debidamente informada sobre las consecuencias que la continuación del embarazo puede acarrear para su salud.

### **CAPITULO 3: Aspectos generales de la anencefalia**

En el presente capítulo se abordará la enfermedad de la anencefalia como una de las tantas malformaciones que pueden afectar al feto en gestación. Se hará hincapié en esta enfermedad en particular por las consecuencias psicofísicas que produce en la mujer gestante y, sobre todo, por la particularidad de la escasa viabilidad del feto una vez que es separado de la madre.

#### **3.1 CONCEPTO DE ANENCEFALIA**

La anencefalia “es uno de los defectos congénitos del cierre del tubo neural, grupo de malformaciones relativamente frecuente en la especie humana” (Bajardi, 2008, pág. 33).

Para entender de manera más cabal dicho concepto es necesario hacer una pequeña aproximación sobre la forma en que se desarrolla el embrión en el seno materno. En este sentido, Palomero ha expresado:

“En los humanos, la primera evidencia que se tiene del desarrollo de tejido nervioso se produce alrededor de los 20 días de gestación. En este momento, una depresión especial –el surco neural- aparece en el embrión. Ese surco rápidamente se hace más profundo, y sus dos márgenes se aproximan y se funden. Esta fusión forma el tubo neural, que inicia su crecimiento en el centro del embrión y progresa en dirección cefálica y caudal. Entre los 24 y 32 días de gestación se produce una obliteración del tubo neural así formado completándose el cierre del mismo, excepto por una apertura en cada extremo, los neuroporos anterior y posterior” (Palomero, 2002, pág. 1-2).

Este es el proceso que acontece en la gran mayoría de los fetos en gestación pero si se produce una “falla en el cierre de cualquier punto del tubo neural lleva a la formación de un defecto. Si esto ocurre en la porción mas cefálica, producirá una anencefalia” (Palomero, 2002, pág. 2).

Es importante destacar que “este defecto o anomalía se presenta cuando algún factor tóxico, biológico o deficiencia dietética incide sobre el proceso formativo del embrión” (Palomero, 2002, pág. 2).

La ausencia de la bóveda craneana ósea permite el contacto permanente del tejido nervioso con el líquido amniótico, con la resultante degeneración de aquél en grado variable. Debido a la anomalía, junto con el obvio deterioro de las funciones cerebrales, se alteran también la apariencia facial y el sistema endocrino, por deficiencia de hormonas hipofisarias. Puede haber además malformaciones en otros órganos, sobre todo en los riñones, el corazón y el aparato digestivo. (Bajardi, 2008, pág. 34).

En cuanto a la frecuencia con que se producen estos casos “en nuestro país, si bien carecemos de estadísticas precisas, contamos con una incidencia estimada de 1/1.000 a 1/1.200 recién nacidos” (Palomero, 2002, pág. 2).

La prevención en este tipo de anomalías juega un papel de suma importancia. En este sentido “hacia mediados del siglo XX, comenzó a señalarse el papel preponderante que el metabolismo del ácido fólico tenía en la aparición de defectos del cierre del tubo neural” (Palomero, 2002, pág. 2).

Esto llevo a la implementación por parte de los Estados de medidas preventivas vinculadas con la alimentación:

Debe enfatizarse que el ácido fólico debe ser ingerido por lo menos durante los dos o tres meses previos y tres meses posteriores a la concepción, ya que su nivel en el organismo demora en llegar a su nivel óptimo. En una sociedad como la nuestra en

la que la proporción de embarazos no planificados es elevada (40%-60%), el confiar tal medicación sólo a la decisión previa de buscar un embarazo, significaría que la mitad de los embarazos quedarían privados de este beneficio. Este problema llevó a adoptar el método de fortificación de alimentos de uso habitual en toda la población, aún cuando, en un cálculo estimativo, sólo un 15-20% de ésta lo constituyan mujeres en edad reproductiva. En la Argentina, en los 3 años siguientes a la implementación de la ley, el descenso en la frecuencia de la anencefalia en los hospitales fue de un 41%. (Bajardi, 2008, pág. 41-42).

En relación a las posibilidades de vida del feto fuera del seno materno, se ha manifestado que “dos tercios o más de los embarazos con feto anencefálico no llegan a término. Aquellos fetos que nacen vivos presentan índices bajos de vitalidad, y su sobrevivencia habitual es de pocas horas; a lo sumo podrá ser de algunos días” (Bajardi, 2003, pág. 39)

### 3.2 DIAGNÓSTICO

Sobre este aspecto, Palomero ha manifestado que “actualmente los avances producidos en diagnóstico prenatal permiten arribar al diagnóstico en forma precoz mediante el empleo de la ecografía y análisis de laboratorio que emplean sangre materna” (Palomero, 2002, pág. 2)

El diagnóstico prenatal de anencefalia por ecografía ha llevado a que tanto la embarazada como su entorno familiar conozcan con mucha anticipación el diagnóstico y pronóstico del feto. (Bajardi, 2008, pág.39).

De esta manera, se arriba a un diagnóstico certero sobre la anomalía que padece el feto aproximadamente en la doceava semana de embarazo.

Una vez conocido el diagnóstico, se plantea la difícil decisión de seguir adelante con este embarazo o llevar adelante la acción abortiva.

Muchas parejas enfrentan estas situaciones con coraje y valentía, arriesgándose a salir adelante con su embarazo y preparándose emocionalmente para recibir a sus hijos, que pueden morir tempranamente, requerir tratamiento correctores o bien vivir con un déficit permanente. Otras parejas, en cambio, optan por la interrupción de la gestación entendiendo que están realizando el mejor bien posible o el menor mal para sus hijos, para ellas y para sus familias. (Sebastiani, 2003, pág. 2)

### 3.4 CONSECUENCIAS FÍSICAS

Sobre las consecuencias físicas que un embarazo de estas características puede acarrear para la madre, Palomero manifiesta:

Dada la elevada porción de fetos muertos intra útero y la consecuente retención o no expulsión de los mismos es la anomalía congénita más frecuente asociada a polihidramnios, embolia de líquido amniótico, coagulación intra vascular diseminada, prolongación del tiempo de embarazo y presentación de distocias dinámicas uterinas durante el trabajo de parto. La embolia de líquido amniótico y la activación de los mecanismos de la coagulación se combinan para causar, cuando esta complicación se presenta, una mortalidad materna del 80%. (Palomero, 2002, pág. 3)

A lo mencionado, Sebastiani agrega que los riesgos durante el embarazo y proceso del parto se incrementan debido a:

a- Probabilidad importante de polihidramnios (aumento del volumen de líquido amniótico) en una relación que oscila entre el 30 y el 50% de los embarazos, con todas las complicaciones consiguientes: dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, mayor frecuencia de presentaciones anómalas, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, atonía uterina postparto.

b- Las fetos suelen ser grandes, y la ausencia de cuello, sumado al pequeño tamaño de la cabeza, hace que el tronco tienda a penetrar en el canal de parto junto con la cabeza, provocando una grave distocia. (Sebastiani, 2003, pág. 6)

### 3.4 CONSECUENCIAS PSICOLÓGICAS

Siguiendo la línea de Sebastiani, en cuanto a las consecuencias psicológicas que se producen sobre la madre el autor expresa:

c- La posibilidad de conocer el diagnóstico de anencefalia desde etapa tan temprano del embarazo, ya que se cuenta con técnicas cuya eficacia es de un 100%, como la ecografía, genera una seria perturbación psicosocial que no sólo afecta a la madre o pareja, sino que alcanza a todo el núcleo familiar.

d- El daño psicológico para la madre puede conducirla a estados depresivos de riesgo para ella y su entorno. Esta situación puede ser manejable por el médico de cabecera o requerir la consulta psiquiátrica, si excede un límite prudente. Es sabido, por otra parte, que las afecciones psicológicas pueden seguirse de trastornos orgánicos. (Sebastiani, 2003, pág. 6)

### 3.5 GLOSARIO

Ácido fólico: ácido pteroilglutámico. Vitamina necesaria como cofactor de enzimas que construyen moléculas a partir de compuestos con un solo átomo de carbono (metanol, formaldehído, etc). Las necesidades de ácido fólico son de 100 a 200 mg/día. La deficiencia de esa vitamina produce anemia megaloblástica.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> <http://diccionario.babylon.com/acido%20folico/>

Líquido amniótico: líquido claro o amarillento que rodea al embrión o feto, contenido en el amnios y que con éste es empujado en el acto del parto formando la bolsa de las aguas.<sup>3</sup>

Sistema endócrino: Componentes: todas las glándulas productoras de hormonas tales como el tiroides, la hipófisis, las glándulas suprarrenales y el páncreas. Funciones: regulan la actividad del organismo utilizando las hormonas como mensajeros químicos que son transportados por la sangre a determinados órganos donde ejercen su efecto.<sup>4</sup>

Tubo neural: tubo longitudinal situado a lo largo del eje central del embrión en fase de desarrollo precoz, que da origen al encéfalo, la médula espinal y otros tejidos nerviosos del sistema nervioso central.<sup>5</sup>

### 3.5 CONCLUSIONES PARCIALES

Habiendo realizado un análisis sobre los aspectos principales de la anencefalia, su diagnóstico y consecuencias psicofísicas para la mujer encinta, se arriba a la conclusión de que este tipo de malformación congénita afecta de manera considerable a la mujer y a su entorno familiar. Ante tal situación, la opción de realizar un aborto terapéutico resulta altamente beneficiosa frente a la inviabilidad del feto.

Sin embargo, y más allá de las cuestiones médicas que han sido vertidas en el presente capítulo, es importante destacar que cada caso es único y debe ser tratado como tal. Las consecuencias, tanto físicas como psíquicas, que se pueden presentar varían en cada embarazo y esta particular atención que se debe prestar al caso concreto marcará el camino a seguir, tanto por parte de los médicos con su consejo profesional,

---

<sup>3</sup> <http://diccionario.babylon.com/liquido%20amniotico/>

<sup>4</sup> <http://diccionario.babylon.com/sistema%20endocrino/>

<sup>5</sup> <http://diccionario.babylon.com/tubo%20neural/>

como por parte de la mujer en su decisión única e irremplazable de continuar o no con el embarazo.



## Capítulo 4: Análisis jurisprudencial

En este capítulo se realizará un exhaustivo análisis del *leading case* que existe en la materia dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para ello, previamente, se profundizará en los hechos y se desmenuzará el fallo que precede al mismo cuyo dictamen proviene del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### 4.1 CSJN “T.S. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

#### Hechos

La señora S.T. es una mujer embarazada de 35 años de edad, casada desde 1987, con una hija de 12 años. Como producto de estudios ecográficos realizados entre la semana 19 y 21 de gestación del feto, se le diagnostica que el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana; es decir, padece de anencefalia.

Ante semejante diagnóstico, la señora solicita al médico que la atiende en el Hospital Materno Infantil “Ramón Sarda”-cito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-que se le realice un parto inducido. Ante la negativa del galeno, S.T. solicita por escrito la misma petición al director del Hospital, quien de igual manera se niega a realizar la intervención quirúrgica.

Los médicos argumentan requerir autorización judicial para realizar la maniobra abortiva. Por tal motivo, S.T. presenta acción de amparo ante la justicia en lo contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad en contra del Hospital Materno Infantil “Ramón Sarda” por violación al derecho a la salud y a la integridad física, poniendo en serio riesgo su vida.

La Fiscalía N° 1 en su dictamen postuló la competencia de la justicia contencioso-administrativa para entender en el amparo. En igual término se expidió el Asesor Tutelar solicitando el rechazo *in limine* de la acción argumentando la defensa de los derechos del niño por nacer.

La jueza interviniente se declaró incompetente, decisión recurrida por la fiscalía y el asesor tutelar. La sala 1° de la Cámara revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia que tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2000. A la misma asistieron la amparista, su conyugue y sus letrados, el Dr. Ricardo Horacio Illia-subdirector del Hospital- y el asesor tutelar. En dicha oportunidad, el Dr Illia acompañó un dictamen del Comité de Bioética del Hospital, el asesor tutelar ratificó lo dicho en su dictamen anterior y la Sra. T expuso la situación que padecía, tanto ella como su familia. La Cámara decidió que el amparo tramite en dicha instancia y solicito a la demandada un informe que con posterioridad fue acompañado por el Gobierno de la Ciudad. El asesor tutelar interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante la negativa, recurso de queja ante el Tribunal Superior de Justicia. Dicho Tribunal, remitió lo actuado al juzgado de primera instancia para que resuelva el amparo. La jueza de primera instancia en lo contencioso-administrativo y tributario rechazó la acción de amparo. Ante tal situación, la amparista interpuso recurso de apelación que fue denegado por la Sala 1° de la Cámara, confirmando la sentencia. Frente a esto, la Sra S.T. interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue contestado por el Gobierno de la Ciudad y el asesor letrado, a la vez que fue concedido por la Cámara. La amparista funda el recurso en el derecho a la salud, la protección integral a la familia y alega arbitrariedad de la sentencia. El asesor tutelar solicita que se admita el recurso en lo que hace a la controversia sobre la interpretación del derecho de la salud de la madre frente al derecho a la vida del feto, mientras reitera los argumentos vertidos con anterioridad.

La Sala 1°, al conceder el recurso, reconoce que se encuentran en pugna derechos de raigambre constitucional y considera que denegar el recurso comprometería los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia. Por su parte, el asesor tutelar general, se remite a lo expuesto por el asesor tutelar. Mientras que el fiscal general, entiende que hay una disyuntiva entre los derechos de la madre y del niño por nacer y sostiene que deben privilegiarse los de este último.

### **Argumentos del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2010.

Dr. Maier: Dicho magistrado, comienza su argumentación sosteniendo que es necesario erradicar la confusión que se presenta cuando se plantea que lo que solicita la amparista es un aborto. Para arribar a tal conclusión analiza los elementos del tipo penal, estableciendo que el caso concreto carece del que es considerado el tercer elemento del tipo, es decir, el resultado de la muerte, por tratarse de un delito de resultado material. Sostiene que la acción que se solicita no persigue el objetivo de dar muerte al ser por nacer sino que consiste en anticipar el momento del alumbramiento, destacando que la muerte se producirá irremediabilmente no por el nacimiento del niño sino por la enfermedad que padece, que lo hace inviable fuera del útero materno. A su vez, destaca que la mujer ya se encuentra atravesando su semana número 28 de embarazo, lo que la ciencia médica caracteriza como un típico caso de parto prematuro. Por todo lo expuesto, sostiene que no es necesario analizar si el caso concreto se trata de un “aborto justificado”, ya que el mismo no puede ser caracterizado ni siquiera como un aborto lisa y llanamente.

Por otro lado, expone distintas teorías en que el feto anencefálico es considerado una representación de los subhumano por carecer del órgano que caracteriza a los seres humanos por excelencia y cuyo desenvolvimiento evolutivo nos diferencia frente a los

animales: el cerebro. En este sentido, incluso hace mención a la nota del artículo 70 de nuestro Código Civil, donde se menciona que es necesario que el hijo nacido sea una criatura humana, posea rasgos humanos, para ser considerado capaz de derecho.

Siguiendo con el análisis del Dr. Maier, el mismo destaca que a la autorización concedida por el artículo 86 inciso 1° del Código Penal es necesario distinguirla de la que contiene el artículo 34 inciso 3° de carácter más general, distinción que ya ha sido motivo de análisis en el capítulo primero del presente trabajo.

Al respecto, el Dr. Maier expone:

La del inc. 1 art. 86 CPen., es también una causa de justificación, pero, a contrario de aquella, representa sólo una autorización específica, que rige únicamente para el delito de aborto y se distingue del estado de necesidad genérico por características propias. La autorización para interrumpir el embarazo depende de mayores exigencias, no contenidas en el estado de necesidad: la decisión médica que lo prescribe y lo ejecuta, y el consentimiento de la mujer encinta. En segundo lugar, ella no depende de la inminencia del conflicto entre dos bienes jurídicos, porque la autorización depende tan sólo de un diagnóstico médico que torne probable el conflicto, en el futuro entre la vida de la persona por nacer y la vida o la salud de la madre.<sup>6</sup>

Manifiesta que la sentencia recurrida no desconoce el daño psíquico que la situación que le toca vivir a la mujer encinta le produce pero considera que el mismo no es de una entidad relevante frente a la vida del ser por nacer. Argumenta en contra de lo antes mencionado que el inc. 1 art. 86 no menciona que el daño que debe producirse en la salud o la vida de la mujer daba ser de carácter grave sino médicamente diagnosticable, confiando en la prudencia galeana.

---

<sup>6</sup> CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 11/01/2001, JA 2001-II-356, Fallos 324:5.

Frente al diagnóstico y la recomendación de llevar adelante la intervención quirúrgica, condena a los médicos por solicitar ilegalmente un requisito de carácter administrativo que la misma ley no exige: la autorización judicial.

Por último, sostiene la importancia del principio de autodeterminación procreativa de los padres. Con esto quiere destacar que frente al diagnóstico debidamente informado y la inevitabilidad de la muerte del feto, el derecho de decisión de los padres toma un carácter absoluto debiendo prevalecer frente al fenómeno irremediable. Todo esto, haciendo hincapié en el derecho a la salud, tanto física como psíquica de la actora como de su familia.

Por todo lo expuesto, el Dr. Maier resuelve hacer lugar al amparo, ordenando al Hospital a realizar el alumbramiento prematuro, sin dejar de contemplar la posibilidad de que se plantee un caso de objeción de conciencia por parte del galeno que debiera intervenir.

Dra. Ruiz: Comienza su exposición planteando la procedencia del recurso y las normas invocadas por la amparista, reconocidos en la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales de raigambre constitucional.

Menciona que el derecho a la salud constituye un concepto holístico de bienestar físico, psíquico y social de la persona, destacando que la Corte Suprema en recientes fallos ha determinado la obligación que tiene el Estado de garantizar con acciones positivas tal derecho.

Destaca la opinión vertida por los galenos en la audiencia mencionada con anterioridad, donde manifestaron que la posibilidad de sobrevivencia del feto no se verá afectada por la anticipación del parto.

Cuestiona al asesor tutelar, quien hace hincapié en el concepto de interés superior del niño por nacer, sin tener en cuenta que la mujer encinta ya tiene bajo su

responsabilidad una niña de doce años, cuyos derechos no han sido contemplados en los distintos argumentos planteados por el asesor.

Sostiene que teniendo en cuenta la enfermedad que padece el feto y su irremediable desenlace fatal, la sentencia que vaya a dictarse, no decide sobre la vida del niño sino sobre la salud de la madre. Salud que día a día se ve deteriorada por el avance del embarazo.

Por ello, resuelve hacer lugar al amparo presentado por la Sra. S.T.

Dra. Conde: El argumento comienza haciendo un recuento de la forma en que la continuidad del embarazo por parte de la Sra. está afectando su salud, tanto física como emocional.

Seguidamente, la Dra. Conde hace hincapié en principios de carácter bioético que se ponen en juego en el caso concreto. En cuanto al principio de autonomía, manifiesta que se refiere al derecho de toda persona a actuar libremente, derecho que ha sido manifestado desde el momento en que la Sra. S.T. prestó su consentimiento para llevar adelante la maniobra quirúrgica. Con relación al principio de beneficencia-no maleficencia, expone que se trata de promover el bienestar del paciente, tendiendo a buscar beneficios y evitar perjuicios al mismo. Por último, el principio de justicia, se refiere a la igualdad de oportunidades y a la distribución equitativa de recursos. Destaca que cada uno de estos principios, encuentra su correlativo en materia de derecho en distintas normas que se dispersan en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Concluye que, desde el punto de vista de la bioética, el amparo debe ser admitido. Con el mismo, sólo se busca beneficiar a la única persona cuya sobrevivencia está en pugna, ya que la imposibilidad de sobrevivencia propia del feto no lo pone en igualdad de condiciones frente a su madre.

Por todo ello, resuelve admitir el recurso de inconstitucionalidad, revocando la sentencia del “a quo”, haciendo lugar al amparo.

Dr. Muñoz: Inicia su argumentación haciendo mención a las numerosas contradicciones que existen en el planteo. Desde las de naturaleza procesal hasta el hecho de que el debate no haya sido entre la amparista y el Gobierno de la Ciudad, sino entre la Sra. T y el asesor pupilar.

Luego de analizar el caso, el Dr. Muñoz arriba a la conclusión de que cualquiera sea la denominación que se le atribuya a la interrupción del embarazo, la negativa del hospital a practicar la operación sin autorización judicial resulta ilegal y arbitraria porque la ley no exige dicho requisito.

Teniendo en cuenta esto, resuelve hacer lugar al recurso y revocar la sentencia apelada, autorizando al Hospital a realizar la inducción del parto.

Dr. Casás, en disidencia: Comienza su voto argumentando que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la amparista no satisface el requisito de la fundamentación, por no llegar a rebatir los fundamentos fácticos y jurídicos en que se basa la sentencia. Por lo expuesto, considera que el recurso ha sido mal concebido por el “a quo”.

Basa su voto en la indiscutible primacía del derecho de la vida del feto frente al derecho a la salud de la madre. Manifiesta que los riesgos físicos que puede padecer la mujer encinta durante el transcurso del embarazo son los mismos que podría atravesar cualquier mujer con un embarazo de carácter normal y que frente a las aflicciones de índole psicológicas se puede acudir a un profesional que le brinde la adecuada contención.

Considera que el alumbramiento del feto traerá aparejada su muerte en el lapso de minutos, cuanto más un par de horas; mientras que, en la medida que permanezca en

el vientre de su madre, tiene asegurada la vida intrauterina; derecho que debe ser garantizado a la persona por nacer.

### **Resolución**

El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, resuelve hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión apelada y admitir la acción de amparo, autorizando a la Dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” para que proceda a realizar la inducción del parto o, eventualmente, practicar la cesárea.

En atención a los votos precedentes y por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia, resuelve:

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución apelada y, en consecuencia, admitir la acción de amparo instaurada por S. T. (DNI ...) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
2. Autorizar a la Dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la Sra. S. T. El Hospital deberá informar al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario el resultado de la intervención médica dentro de las 24 horas de realizada. Si existiera alguna razón médica que impida la interrupción del parto deberá ser comunicada, dentro de las 24 hs., al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario competente, por el Director o Subdirector del Hospital o quien los reemplace legalmente.
3. La autorización otorgada para la intervención médica se extiende a los profesionales médicos del Hospital mencionado o a aquellos que determine la Dirección del Hospital o el Gobierno de la Ciudad Autónoma. La intervención autorizada se realizará conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes, con las reglas de la *lex artis*, y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria (arts. 14 bis , 19 , 33 , 43 , 75 inc. 22 y 23 CN. y concs. CCBA).
4. Disponer que, de existir objeción de conciencia fundada de algún médico o no médico del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá", deberá ser respetada, pero es deber del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Dirección del Hospital y de su personal jerárquico disponer los reemplazos o sustituciones que correspondan de manera inmediata y con carácter urgente.
5. La actora deberá conocer, entender y consentir actualizadamente la intervención solicitada, circunstancia que se hará constar en su Historia Clínica, previo a la intervención médica dispuesta (conf. art. 21 CCBA y ley 418 ). A tal fin, el Hospital dará información y asistencia técnico médica a la actora en forma comprensible para ella.



6. En atención al carácter urgente y a las especialísimas circunstancias del caso, según las cuales, de respetarse los plazos comunes del recurso extraordinario federal, el proceso judicial, la sentencia y la eventual decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación devendrían inútiles, el plazo para interponer recurso extraordinario contra la presente sentencia será de 24 horas a partir de su notificación. Del mismo modo, el plazo para contestar el traslado del recurso extraordinario será de 24 horas. No rige el plazo de gracia.

7. Notificar esta sentencia en el día, con habilitación de hora y día inhábil y con carácter urgente a las partes, al fiscal general y al asesor tutelar general.

8. Habilitar hora inhábil hasta las veinte (20) horas para este Tribunal Superior de Justicia los días Miércoles, Jueves y Viernes hasta que la sentencia quede consentida o, en su caso, el expediente sea elevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación o remitido al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario

9. Hacer saber que el teléfono del conmutador donde tiene sede el Juzgado competente para la ejecución de la sentencia es 4339-2900 y su dirección es Av. de Mayo 757/61

10. Imponer las costas por su orden, en atención a la complejidad y naturaleza de la cuestión, y al hecho de que el Gobierno de la Ciudad se limitó a presentar el informe del art. 8 ley 16986, sin contestar demanda (art. 62, segundo párrafo, CCAyT). Conde, Muñoz, Maier, Ruiz y Casás.<sup>7</sup>

### **Opinión del Procurador de la Nación<sup>8</sup>**

Contra la sentencia del Tribunal Superior el asesor general de incapaces interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación que fue concedido. En sus argumentos, indicó que debe prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer y que no corre peligro la vida de la mujer encinta. Sostiene que merece prevalecer el primero ya que frente al daño psicológico que sufre la madre existen soluciones terapéuticas para preservar su salud.

Hace hincapié en normas internas e internacionales a las cuales la Argentina ha adherido, que prescriben la existencia jurídica de la persona desde el momento de la concepción. Sostiene que la tutela de tales derechos para ser efectiva debe llegar a cada

---

<sup>7</sup> CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 11/01/2001, JA 2001-II-356, Fallos 324:5.

<sup>8</sup> CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 11/01/2001, JA 2001-II-356, Fallos 324:5.

instante de la vida de la persona por nacer y que en nada afecta a sus derechos la llamada inviabilidad del niño.

Destaca jurisprudencia de la misma Corte donde se establecido que el derecho a la integridad es de igual naturaleza a la vida pero que resulta secundario frente a ésta; y, en una colisión de derechos, debe prevalecer el respeto por la vida.

Sin perjuicio de lo expuesto y sin dejar de considerar al feto afectado por anencefalia un ser con todos los rasgos de humanidad que lo hacen un sujeto de derecho, el Procurador de la Nación considera que frente al altísimo riesgo del feto sólo resta reducir al máximo la lesión a la integridad que puede sufrir la mujer. Es por esto, que opina que no corresponde hacer lugar al recurso de extraordinario interpuesto por el asesor.

### **Argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>9</sup>**

Buenos Aires, 11 de enero de 2001.

Dr. Bossert: Destaca la importancia de tener presente que la muerte del feto se producirá irremediabilmente a pocas horas de nacer, cualquiera sea la circunstancia en que se produzca el parto, y esto sucederá por la enfermedad que padece el mismo. Por lo tanto, la causa de la muerte del niño será la anencefalia, no la inducción del parto.

El objetivo de prolongar la vida intrauterina del feto no puede prevalecer ante el daño psicológico que está padeciendo la mujer gestante, daño que configura una lesión a su derecho constitucional a la salud.

Manifiesta que no estamos en presencia de un pedido de aborto sino de una solicitud de inducción del parto. El aborto tiene como objetivo la interrupción del embarazo de un feto vivo con el resultado de su muerte, mientras que la inducción del

---

<sup>9</sup> CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 11/01/2001, JA 2001-II-356, Fallos 324:5.

parto no tiene como objetivo la muerte del mismo sino su alumbramiento con vida; la enfermedad que padece el feto será la que producirá la irremediable muerte del mismo.

Resuelve que el Tribunal debe garantizar el derecho a la salud de la madre frente a la pretensión de prolongar la vida del feto, sin beneficio para ninguna de las personas intervinientes en el caso.

Por lo expuesto, declara admitido el recurso y confirma la sentencia recurrida.

Dr. Nazareno, en disidencia: Comienza su argumentación, haciendo referencia a distintas disposiciones del Código Civil que le otorgan a la persona por nacer el carácter de persona de derecho desde el momento de la concepción en el seno materno, poniendo el acento en la protección legal que dicha legislación le otorga al mismo. Manifiesta que el feto no sólo tiene signos característicos de humanidad sino que posee material genético, llamado por la ciencia ADN, que lo identifica como persona perteneciente al género humano. Por lo tanto, no pueden existir dudas sobre el carácter de persona humana del organismo que se desarrolla dentro del vientre de la Sra. S.T.

A continuación, se encarga de enumerar distintos tratados internacionales de jerarquía constitucional en los cuales se hace hincapié en el derecho a la vida desde la concepción en el seno materno, sin distinción de accidentes que impidan su viabilidad como en el caso en cuestión.

Sostiene que un adelantamiento de un evento anticipa sus consecuencias. Por lo tanto, sostener que el feto morirá irremediamente y, por lo tanto, se debe llevar adelante la inducción al parto constituye una privación a la vida de la cual goza el feto dentro del útero materno.

En cuanto al conflicto que se presenta entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho a la salud de la madre, cuestiona la solicitud realizada por la mujer sostenida en un amparo a su salud psíquica y considera que los médicos ya se han expedido al

respecto al responder de manera negativa a su solicitud de inducir el parto. Argumenta que las prescripciones contenidas en el artículo 86 del Código Penal están dirigidas a los galenos y si ellos se niegan a realizarlo desde el punto de vista científico es porque no se dan las circunstancias que lo ameritan.

Por lo tanto, resuelve revocar la sentencia apelada.

Dr. Petracchi, en disidencia: Expone que las consideraciones del asesor sobre normas constitucionales omiten tener en cuenta que el fallo que es objeto de disputa se sustenta autónomamente en la legislación común nacional y, la misma, no ha sido atacada de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el requisito de relación directa entre las cuestiones federales y lo decidido en el fallo no está planteado. En base a lo antes dicho, resuelve declarar la inadmisibilidad del recurso.

Dr. Boggiano, en disidencia: En su voto no ataca la admisibilidad del recurso, al cual lo considera formalmente admisible por desconocer el derecho a la vida de la persona por nacer. En ese sentido, expone que no se han manifestado motivos suficientes para llevar adelante la inducción al parto, sobre todo, no se ha expresado de qué manera esto puede redundar en un beneficio para el feto. Por otro lado, expresa que adelantar el parto en el caso en particular, no supone darle vida sino anticipar el momento de su muerte. Manifiesta que el hecho de que el feto no vaya a sobrevivir más allá de un par de horas, no justifica llevar adelante la intervención quirúrgica, ya que la vida de la persona por nacer no se protege bajo la condición de que pueda alcanzar algún grado de autonomía vital. Al argumentar que el feto posee escasas posibilidades de vida fuera del útero materno, se está desconociendo el valor incommensurable de la vida de la persona por nacer.

En base en lo antes manifestado, declara procedente el recurso extraordinario y decide revocar la sentencia apelada.

### **Resolución**

Con voto de la mayoría, con disidencia de los Dres. Nazareno, Petracchi y Boggiano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió confirmar la decisión recurrida.

## **4.2 CONCLUSIONES PARCIALES**

En el análisis de este extenso fallo, se ha logrado realizar una aproximación a distintas teorías y visiones de una misma cuestión que ayudan a profundizar en la problemática expuesta en el presente trabajo.

Sin perjuicio de las distintas manifestaciones de los letrados, es necesario precisar que en el caso concreto en todo momento se habló de la figura de la inducción del parto u operación cesárea y no del aborto terapéutico. Esto responde a las particularidades del caso planteado, ya que la Sra. S.T. al momento en que los distintos estrados se iban pronunciando se encontraba en un estado avanzado de su embarazo. Esta mención no es un dato menor, ya que en esas instancias del proceso gestacional se considera, desde que el punto de vista de la medicina, que inevitablemente se está hablando de una inducción al parto ya que el feto por sus propios medios, en condiciones normales de salud, puede sobrevivir fuera del útero. Según la ciencia médica, se considera que se realiza una maniobra abortiva hasta la 20<sup>a</sup> semana de gestación. Debido a las distintas dilaciones que se produjeron en el caso concreto, esta figura no ha sido contemplada pero es importante destacar que si la intervención de los letrados hubiera sido en otro momento gestacional la figura del aborto terapéutico habría cobrado otra relevancia.

## **CAPÍTULO 5: Análisis legislativo**

En éste capítulo se analizará el proyecto de ley de la diputada Marcela Larrosa que fue presentado en el año 2001 ante la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El mencionado proyecto fue un antecedente de la Ley 1044 sancionada en el año 2003 por la misma Legislatura, por lo que resulta relevante analizar los distintos aspectos comprendidos en ambas.

Seguidamente, el trabajo se enfocará en el análisis de un proyecto de ley presentado en el Congreso de la Nación en el año 2005 por la diputada Margarita Stolbizer que contempla la posibilidad agregar un nuevo inciso al artículo 86 del Código Penal.

### **5.1 PROYECTO DE LEY DE LA DIPUTADA MARCELA LARROSA**

En primer lugar, es importante destacar que la iniciativa de presentar éste proyecto de ley es una clara consecuencia del fallo que fue analizado en el capítulo anterior. Gracias al mismo, la anencefalia tomó estado público y, sobre todo, se hizo evidente la injusticia que se produce cuando una mujer cuyo feto padece esta enfermedad debe acudir a la justicia para amparar sus derechos. Incluso entre los argumentos vertidos al presentar el proyecto de ley por la diputada, hace mención a la situación de desamparo que vive la mujer encinta en tales circunstancias: “Tener que recurrir al Poder Judicial con acciones de amparo, no solo les irroga gastos de los profesionales abogados, sino que además las somete a la tensión y stress propios del trámite y que se ven incrementados ante la posibilidad de que su demanda tome estado público” (Larrosa, 2001, s/d).

La diputada no sólo hace mención a la afección psicológica que padecen las mujeres embarazadas de fetos anencefálicos sino también a su núcleo familiar que se ve terriblemente afectado ante la situación que deben experimentar.

Menciona que en la puja que se produce entre los galenos y los abogados, la única que sale perdiendo es la mujer encinta que, mientras tramita el proceso judicial, debe continuar con el embarazo conociendo su terrible desenlace.

Es por eso, que solicita la aprobación de su proyecto de ley aceptando que el niño por nacer es un ser inviable y que no queda más remedio que amparar la salud de la mujer que se ve terriblemente deteriorada al continuar con ese embarazo inviable.

En cuanto al proyecto de ley en sí, el artículo primero establece que la ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben seguir los Hospitales dependientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires frente a fetos anencefálicos.

En el artículo segundo, prevé la obligación de los servicios médicos de informar de manera inmediata y por escrito a la embarazada portadora de dicha patología en cuanto la misma sea detectada.

El artículo tercero hace referencia a la necesidad de que el diagnóstico de anencefalia esté plenamente avalado por estudios clínicos.

En el artículo cuarto se establece que el procedimiento a llevar a cabo frente a estos casos es el de inducción al parto prematuro y el mismo deberá ser realizado a partir del cuarto mes de gestación.

El artículo quinto establece que toda mujer que haya sido diagnosticada con dicha enfermedad tiene derecho a acceder al tratamiento previsto en el artículo cuarto sin necesidad de autorización judicial alguna.

En el artículo sexto se establece la obligatoriedad por parte de la mujer encinta de prestar su consentimiento por escrito y en el caso de que la misma esté casada

también debe prestar conformidad su marido. Si se tratara de una menor de edad, el consentimiento debe ser otorgado por sus progenitores o quien ejerza la patria potestad. Y si se trata de un mayor incapaz declarado judicialmente, también se requiere el consentimiento de sus progenitores, tutores o guardadores.

Finalmente, el artículo séptimo establece que en todos los casos debe respetarse las características culturales y religiosas de la mujer encinta.

## **5.2 LEY 1044 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

Sancionada el 26 de junio de 2003, la ley 1044 constituye una clara respuesta por parte de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la cuestión netamente administrativa que terminó en los estrados judiciales en el caso de la Sra. S.T.

En su artículo primero establece que el objeto de la misma es regular el procedimiento que deben seguir los establecimientos del sistema de salud de la ciudad respecto de toda mujer embarazada de un feto que padece anencefalia o cualquier otra enfermedad incompatible con la vida.

Art. 2 Ley 1044. Feto inviable. A efectos de la aplicación de esta ley se entiende que un feto padece una patología incompatible con la vida cuando presenta gravísimas malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intraútero o a las pocas horas de nacer.

Luego de definir lo que se entiende por feto inviable, la ley establece en su artículo tercero la necesidad de que el diagnóstico sea avalado por dos ecografías.

Seguidamente, el artículo cuarto establece que dentro de las 72 horas de conocer el diagnóstico, el médico que trata a la mujer encinta debe informarle la patología y el



pronóstico del feto; así como las consecuencias de la decisión que vaya a adoptar. De todo ello, debe dejarse constancia en la historia clínica de la gestante.

El artículo quinto establece que se deberá otorgar tratamiento psicológico a la mujer y a su grupo familiar desde el momento en que tome conocimiento de la patología que padece el feto.

Art. 6 Ley 1044. Adelantamiento de parto. Requisitos. Si la gestante, informada en los términos del art. 4, decide adelantar el parto, se procederá a la realización de dicha práctica médica una vez cumplidos los siguientes requisitos indispensables y suficientes:

- a) Certificación de la inviabilidad del feto registrada en la historia clínica de la embarazada, con rúbrica del médico tratante, del médico ecografista y del director del establecimiento asistencial.
- b) Consentimiento informado de la mujer embarazada, prestado en la forma prescripta por el decreto 208/2001.
- c) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Establecidos los requisitos para llevar adelante la inducción del parto, la ley 1044 en su artículo octavo prevé la posibilidad de que alguno de los galenos presente una objeción de conciencia. Al respecto, la ley establece que la misma debe ser respetada y que los directivos del nosocomio deben disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

### **5.3 PROYECTO DE LEY DE LA DIPUTADA MARGARITA STOLBIZER**

En los fundamentos del proyecto, la diputada Stolbizer hace mención al antecedente jurisprudencial “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”

donde se falló a favor de la interrupción del embarazo de la Sra. S.T. Una vez más, aquél fallo trascendental inspiró otro proyecto de ley que tiende a garantizar el real acceso al derecho de la salud de la mujer encinta.

La diputada expone que el proyecto tiene como objetivo ampliar los casos de aborto terapéutico contemplados en el artículo 86 del Código Penal, incorporando al feto que padece anencefalia como otra hipótesis para que los galenos puedan llevar adelante la maniobra abortiva de manera inimputable.

Destaca que resulta indiscutible la nula viabilidad del feto fuera del vientre materno y que la prolongación de dicho embarazo solo redundaría en un perjuicio para la mujer embarazada y su entorno familiar.

Sostiene que la negativa por parte de los galenos a realizar la maniobra abortiva sin una autorización judicial resulta en una clara violación al derecho a la salud física y psíquica de la mujer y a la protección integral de la familia.

Hace hincapié en el hecho de que ante un feto que padece anencefalia nos encontramos frente a un claro ejemplo de aplicabilidad del aborto terapéutico.

Por lo expuesto, solicita la incorporación de un inciso tercero en el artículo 86 del Código Penal que quedaría redactado de la siguiente manera: "...y en los casos con diagnóstico de anencefalia fetal" (Stolbizer, 2005, s/d).

#### **5.4 CONCLUSIONES PARCIALES**

Luego de la exposición de los distintos proyectos de ley y la ley que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se arriba a la conclusión de que la solución planteada por la Diputada Stolbizer resulta la más adecuada teniendo en cuenta la delicada situación que debe atravesar la mujer encinta. Al contemplar el caso particular en el Código Penal, no habría lugar a más dilaciones por parte de los galenos cuando

solicitan una autorización judicial para llevar adelante la maniobra abortiva sobre el cuerpo de la mujer encinta. Desde el momento en que no se están estableciendo plazos para que la mujer pueda acceder a la operación-como es el caso del proyecto de la diputada Larrosa y la ley 1044- no se está garantizando de manera efectiva el acceso al derecho a la salud de la mujer embarazada.

Por otro lado, hubiera sido importante que en su proyecto de ley, la Diputada Stolbizer no sólo contemplara los casos de fetos anencefálicos sino toda aquella enfermedad que pueda llegar a afectar a un feto en gestación que redunde en su inviabilidad fuera del útero materno.

Es importante destacar que, más allá de los requisitos intrínsecos del aborto terapéutico, al momento de tomar la decisión de someterse a la maniobra abortiva la voluntad de la mujer cobra un papel preponderante en estos casos; ya que será ella quien en su fuero íntimo decidirá si continuar o no con dicho embarazo. Más allá de su voluntad, sus creencias y demás cuestiones que puedan llegar a influir a la hora de tomar una decisión, es deber del estado garantizar a la mujer que está atravesando por tan difícil momento el acceso al derecho de la salud, sin perjuicio de la decisión a la que arribe cada cuál en cada caso particular.

## **CAPÍTULO 6: Aplicación del aborto terapéutico en los fetos anencefálicos**

En este último capítulo, se expondrá y analizará lo manifestado en la doctrina en cuanto a la necesidad de solicitar una autorización judicial expresa para llevar adelante la maniobra abortiva contemplada en el artículo 86, inciso primero. Por otra parte, se intentará determinar si es aplicable la mencionada figura penal en el caso concreto de la mujer embarazada cuyo feto padece anencefalia.

### **6.1 SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

El caso de la Sra. S.T. analizado en el capítulo tercero refleja la realidad que padecen muchas mujeres frente al diagnóstico de anencefalia del feto que crece en su vientre. Es importante destacar la dicotomía que se planteaba: los médicos recomendaban llevar adelante la maniobra abortiva a los fines de garantizar la integridad psicofísica de la Sra. S.T. pero, a su vez, para llevar adelante la operación solicitaban una autorización judicial y se negaban a realizarla sin la misma.

De esta manera se produce una terrible dilación en el tiempo prolongando la agonía de la mujer encinta, ya que algo que podría ser realizado dentro de los márgenes de la ley por los galenos, se convierte en un trámite extenuante totalmente innecesario ante los estrados judiciales.

Se torna imprescindible destacar que la norma penal contemplada en el artículo 86 inciso 1º del Código Penal, no establece ningún tipo de requisito en el sentido de que la justicia deba expedirse sobre la pertinencia de llevar adelante la practica abortiva o no en el caso concreto. Lejos de eso, la ley sólo hace referencia a que es necesaria la intervención de un médico diplomado y la autorización por parte de la mujer encinta,

dejando librado al prudencial criterio del galeno la realización del mismo. De esta manera, la decisión de llevar adelante la operación sólo recae en la mujer encinta, mientras que el profesional se limita a asesorarla al respecto.

En este sentido, María Cavallo expresa: “la norma no demanda como requisito formal para el acceso al aborto, una autorización judicial que certifique que se dan los supuestos de hechos contemplados en la norma, como sí requiere, por ejemplo, que el aborto sea practicado por un médico diplomado” (Cavallo, 2011, pág. 7).

En cuanto a este requisito extra que solicitan los galenos cabe destacar, como bien lo manifiesta Cavallo, que “la única forma de incumplir con una ley no es yendo positivamente en contra de lo que la ley prescribe, sino también exigiendo requisitos que la ley no prescribe y que, en efecto, dificultan o imposibilitan el legítimo ejercicio de un derecho” (Cavallo, 2011, pág. 6).

Exponer a la mujer encinta a que deba acudir a los estrados judiciales a requerir una autorización judicial para que se le pueda practicar la maniobra abortiva, se torna en un claro ataque al derecho que tiene la mujer al acceso a la salud y a conservar su bienestar psicofísico y el de su entorno familiar.

## **6.2 ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN LOS FETOS ANENCEFÁLICOS**

Habiendo realizado un minucioso análisis en el capítulo primero de los requisitos que exige la ley para que la mujer pueda acceder a un aborto terapéutico, corresponde intentar cotejarlos con el caso concreto que se plantea cuando una mujer está embarazada de un feto anencefálico.

Antes de eso, corresponde analizar si estaríamos en presencia de un aborto o no. Como bien se ha referenciado a lo largo de este trabajo final, los autores o magistrados

refieren que en ciertos casos se trata de un aborto terapéutico, mientras que en otros de una adelantamiento del parto. El caso de la Sra. S.T. era típico caso de adelantamiento de parto, no de aborto terapéutico, ya que ni siquiera concurrían los elementos propios del tipo del aborto. Todo ello, teniendo en cuenta la edad gestacional que S.T. estaba atravesando en el momento en que se fueron dictando las distintas resoluciones. En este sentido, Jorge Del Azar expresa:

“Si se analiza el delito de aborto (art. 85 CP), el mismo no consiste en otra realidad que en el conocimiento del embarazo y en la voluntad de causar la muerte al feto mediante la interrupción del embarazo, en otras palabras, la muerte del producto de la concepción antes de las 20 semanas de vida dentro del útero materno. Desde el punto de vista científico es importante señalar que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pasado ese período hasta la semana 28 se trataría de un parto inmaduro y posterior a este último plazo sería un prematuro”  
(Del Azar, 2001, pág. 2).

En el caso concreto de S.T., si el diagnóstico se hubiera realizado con anterioridad y los tiempos gestacionales hubieran sido otros, la discusión propiamente dicha hubiera girado en torno a la figura del aborto terapéutico y no de la inducción al parto. En este caso, al momento de arribar a las distintas resoluciones S.T. se encontraba, desde el punto de vista de la ciencia, frente a un caso de adelantamiento del parto y el objetivo que se perseguía era el nacimiento de la criatura. El inevitable desenlace fatal no estaba relacionado con la acción que llevarían adelante los médicos sino con la patología que padecía el feto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la anencefalia puede ser diagnosticada a partir de la doceava semana de gestación, habría un margen biológico de ocho semanas

dentro de las cuales si se podría hablar de aplicar la figura del aborto, en particular el aborto terapéutico, frente a un caso de esta índole.

Habiendo dejado sentado dicha posibilidad, corresponde analizar si concurren los elementos del aborto terapéutico, en particular, lo que hace al requisito de la finalidad que persigue el tipo penal.

Teniendo en cuenta que la finalidad que persigue el aborto terapéutico es evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer y tomando el concepto holístico de salud que plantea la Organización Mundial de la Salud, se arriba a la conclusión de que la mujer embarazada de un feto anencefálico sufre infinidad de vejaciones en su salud física y psíquica al enfrentar este embarazo. Frente a este embarazo que no tendrá otro resultado que no sea la inevitable muerte del feto, el derecho a la salud de la mujer y la finalidad de evitar tal peligro cobran notable protagonismo.

Frente a un diagnóstico médico fundado en ecografías, realizado dentro del plazo que se ha mencionado con anterioridad y habiendo expresado la mujer encinta su consentimiento frente a la información otorgada por el galeno, todo ello, con la finalidad de salvaguardar la salud psicofísica de la mujer encinta se arriba a la conclusión de que la figura del aborto terapéutico es aplicable a los fetos anencefálicos.

### **6.3 CONCLUSIONES PARCIALES**

El pedido de autorización judicial realizada por los galenos para poder aplicar la figura del aborto terapéutico en el caso de fetos anencefálicos, no sólo es totalmente innecesaria porque la misma ley no lo plantea como un requisito sino que redundante en un notable perjuicio para la salud de la embarazada.

Por otro lado, habiendo realizado la distinción entre lo que científicamente se considera un aborto propiamente dicho y lo que se considera un adelantamiento del

parto, quedó demostrado que dentro de ciertos plazos gestaciones los elementos que requiere la ley para aplicar la figura del aborto terapéutico concurren en los casos de fetos que padecen anencefalia, constituyendo un remedio jurídico frente al padecimiento que atraviesa la mujer encinta.



## CAPÍTULO 7: Consideraciones

### 7.1 CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el análisis pertinente al trabajo, puede concluirse que la anencefalia, como enfermedad congénita que afecta al feto en gestación, constituye un padecimiento de suma gravedad tanto para la madre encinta como para su entorno familiar. Este padecimiento, tanto de orden físico como psicológico, puede ser aliviado mediante la realización de una maniobra abortiva.

En un extenso análisis del *leading case* en la materia, se hizo evidente la desprolijidad en que incurrieron los galenos que asistieron a la Sra. S.T. al requerir una autorización judicial, totalmente innecesaria, para llevar adelante el aborto que solo iba a redundar en un beneficio para la salud de la gestante sin ningún tipo de consecuencia lesiva para el feto anencefálico cuya irremediable muerte resulta inevitable. La cuestión temporal, en el caso expuesto, también cobró gran relevancia ya que en todo momento los letrados se referían a una inducción del parto y no a un aborto terapéutico propiamente dicho. Esto no responde más que a una cuestión de tiempos judiciales, ya que si la causa hubiera arribado a los estratos en una etapa gestacional anterior se hubiera tratado la cuestión del aborto terapéutico.

Este tipo de situaciones tienen lugar, en parte, por un vacío legal que se ha producido en la materia que ha intentado ser superado con el proyecto de ley presentado por la Diputada Margarita Stolbizer sin resultado hasta el momento. Cabe destacar que la incorporación de un tercer inciso al artículo 86 del Código Penal, contemplando a los embarazos afectados por esta malformación dentro de los casos en que se puede llevar a cabo un aborto terapéutico, redundaría en un beneficio inconmensurable que garantice el acceso al derecho de la salud a la mujer encinta cuyo feto padece anencefalia. Sin embargo, es importante mencionar, que hubiera sido

óptimo incorporar en dicho artículo no sólo a la anencefalia sino a toda malformación congénita que torne inviable al feto que está siendo gestado.

En lo que hace al aborto terapéutico propiamente dicho, se ha logrado demostrar que esta figura, dentro de un cierto margen temporal, resulta totalmente aplicable a los casos de fetos que padecen anencefalia así como a cualquier otra enfermedad que haga imposible la continuidad de la vida fuera del útero materno.

Sin embargo, es importante destacar que cada caso en particular debe ser analizado desde su unicidad, ya que las consecuencias que sufre la mujer encinta se manifiestan de distintas maneras y afectan a cada cuál de una manera particular. Teniendo en cuenta las características que se presenten en el caso concreto y la voluntad de la mujer encinta es que se debe analizar la posibilidad de llevar a cabo una maniobra abortiva o no.

Por último, se debe tener en cuenta que a pesar de las complicaciones que puede llegar a acarrear llevar adelante un embarazo de estas características, en muchas ocasiones el embarazo llega a término e incluso el feto nace con vida y sobrevive un par de horas fuera del útero. Frente a tal realidad, la decisión de llevar adelante una maniobra abortiva o continuar con el embarazo, más allá de una cuestión médica o jurídica se torna una cuestión netamente personal que involucra a la mujer encinta y a su fuero íntimo. La mujer, como sujeto que padece principalmente esta penosa situación, debe tener la última palabra en este sentido. Pero es deber del Estado, garantizar su acceso al derecho de la salud, en caso de que la misma decida dar fin a su embarazo.

## 7.2 BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA:

- Saiz, Victor (2007) *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. Delitos contra la vida dependiente*. Córdoba: M.E.L. Editor.
- Nuñez, Ricardo (1999) *Manual de derecho penal. Parte Especial*. (2º edición actualizada por Víctor Félix Reinaldi). Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- Bajardi, M., Boronat, M., Ceschi, R., Gonorazky, S., Hechem, M.I., Lanari, M.E., La Rocca, S., Manzini, J.L., Marré, G., Orellana, F., Peña, K., Pereyra, J., Rodríguez, S., Rodríguez Fanelli, L., Roubicek, M., Vicente, S. (2008) *La anencefalia como problema bioético*. Mar del Plata: Ediciones Suárez.
- Cavallo, María M. (2011) *La falta de enforcement del aborto no punible en la Argentina*. Lexis N° 0003/015438. SJA 1/6/2011
- Rivera, Julio C. (2010) *El derecho a la vida* Lexis N° 9233/012658.
- Fontán Balestra, Carlos. (2007) *Tratado de derecho penal*. Lexis N° 1505/001224
- Gil Domínguez, Andrés. (2005) *El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial*. La Ley 2005-D, 664 – Sup. Penal2005 (junio), 34.

- Peralta Mariscal, Leopoldo. (2003) *Autorización para abortar un feto anencefálico*. Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil – Parte General – Editorial LA LEY, 01/01/2003, 122.
- Palomero, Silvia E. *Anencefalia* (2002). LA LEY2002-D, 588.
- Del Azar, Jorge; Diaz, Justina. (2001) *Precisiones sobre el conflicto de derechos personalísimos en el caso de anencefalia*. Editorial LA LEY, DJ2001-3, 372.
- Grisetti, Ricardo Alberto. (2008) *Interrupción del embarazo: cuestión judicial. La perspectiva penal. La importancia del caso concreto. El rol del juez activo*. LA LEY2008-E,1246, Sup. Penal2008 (septiembre), 7.
- Yuni, José Alberto; Urbano, Cladio Ariel. (2003) *Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación*. Córdoba: Editorial Brujas.
- López Mesa, Marcelo; Trigo Represas, Félix (2005) *Responsabilidad civil de los profesional*. Lexis Nexis año 2005
- Van Denle, D. (1983) *Manual de técnicas de investigación educacional*. Madrid: Editorial Paidós.
- Creus, Carlos (1992) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Buompadre, Jorge (2000) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*. Corrientes: Editorial Mave.

- Sebastiani, Mario (2003) *Análisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia* Lexis N° 0003/009874 JA 2003-III-1014
- Diccionario de términos médicos. Recuperado el 07/11/12 de <http://diccionario.babylon.com/medicina/diccionario-de-terminos-medicos/>

### **JURISPRUDENCIA**

- CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” 11/01/2001, Lexis N° 20011269. JA 2001-II-356. Fallos 324:5

### **LEGISLACIÓN**

- Código Penal de la República Argentina.
- Ley 1044 de Salud Pública. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Larrosa, Marcela (2001). Proyecto de ley. Recuperado el 24/9/2012 de <http://www.cedom.gov.ar/es/busca/proyect/datproy.php?proyecto=200104087>
- Stolbizer, Margarita.(2005) Proyecto de ley. Recuperado el 13/5/2012 de [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Legislacion/Proyectos\\_de\\_Ley/1131-D-05\\_Dip\\_Nac\\_Stolbizer\\_y\\_otros.PDF](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Legislacion/Proyectos_de_Ley/1131-D-05_Dip_Nac_Stolbizer_y_otros.PDF)

### 7.3 ANEXOS

#### CSJN “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

Archivo enviado desde AbeledoPerrot OnLine

07/ 08/ 2004

Ver otros sumarios y texto completo

Citar Lexis N° 20011269

Tribunal:

Corte Sup.

Fecha:

11/01/2001

Partes:

T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

Publicado:

JA 2001-II-356. Fallos 324:5.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS - Derecho a la vida y a la salud - Autorización para inducir el parto de un feto anencefálico sin posibilidad de vida extrauterina

---

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2000.- Considerando: 1. La Sra. S. T. inició, ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, acción de amparo "contra el Hospital Materno Infantil `Ramón Sardá' ... por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a realizarme una inducción al parto". Con mayor precisión, en el petitorio de su escrito, punto 3, solicita que se "proceda a inducirme el parto o, eventualmente, practicarme la intervención quirúrgica de cesárea, fijándose un plazo perentorio para el cumplimiento".

La amparista señala que el día 17 de octubre de este año, como consecuencia de la realización de una ecografía, un médico del Hospital le comunicó "el terrible diagnóstico, cual es el de que el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia)". Relata que, al enterarse del dictamen, le pidió "a profesionales del Hospital Municipal Infantil `Ramón Sardá' (donde me atendieron desde el tercer mes de embarazo) que me realizaran un parto inducido". Ante la respuesta negativa -pues se le contestó "que era imprescindible una orden judicial"-, efectuó la petición por escrito al director del Hospital, quien tampoco accedió a lo reclamado.

Adjunta la siguiente prueba documental: a) partida de matrimonio; b) partida de nacimiento de su hija S. A.; c) informe 879, expedido por el Hospital y de fecha 23/10/2000, del que surge la edad de gestación (21, +/- 1, semanas) y en cuyo ítem "Observaciones" se lee "No se observa calota craneana - Dx: Anencefalia"; d) evaluación psicológica de la amparista y de su grupo familiar, que concluye en los siguientes términos: "Están expuestos a seguir soportando una situación altamente traumática para cada uno de ellos, produciendo las consecuencias ya descriptas como daño psíquico" (fs. 12/14, suscripto por la Lic. Costa), y e) copia de la nota presentada ante el Hospital, de fecha 2/11/2000.

Además de sostener que la negativa de las autoridades hospitalarias lesiona sus derechos a la vida, salud e integridad -consagrados en tratados internacionales, las constituciones nacional (1) y local (2) y en la legislación local-, refiere el carácter terriblemente trágico de la situación, así como el sufrimiento y el "más profundo dolor que jamás hubiésemos sentido".

2. La fiscalía n. 1 ante el fuero, en su dictamen, postuló la competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria local para entender en el amparo.

3. El Asesor Tutelar también sostuvo la competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria local y solicitó el rechazo in limine de la acción, pues entiende que se trata de "un caso de eutanasia involuntaria" y que aquello que el amparista solicita es "la realización de una práctica abortiva". Sostiene que "dicha petición no tiene sustento legal, que a contrario encuentra serio impedimento en las normas que fulminan con la ilicitud a la conducta por la cual se solicita la orden judicial". Agrega que "aún cuando la actora entienda que lo que está pidiendo aquí es una autorización para cumplir con una conducta especialmente despenalizada, no haría falta autorización judicial alguna, porque la conducta quedaría desincriminada luego de cometida, con la eventual intervención posterior del juez penal".

Su argumento se centra en la necesidad de considerar, además de los derechos de la madre, los de la persona por nacer. Estos derechos, a su juicio, son igual de importantes que los de la madre, pero no han sido tenidos en cuenta en la acción de amparo por ella efectuada.

4. La jueza interviniente se declaró incompetente, decisión que es recurrida por la fiscalía y la asesoría tutelar.

5. La sala 1ª de la Cámara, concordantemente con lo dictaminado por la fiscal que actúa ante la Cámara, revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia.

6. Según consta en el Acta de fs. 59/61, el 27/11/2000 se efectuó la audiencia convocada por la Cámara, a la que asistieron la amparista personalmente, su cónyuge y sus letrados patrocinantes, el Dr. Ricardo Horacio Illia, subdirector del Hospital -quien aclaró que comparecía en su calidad de médico obstetra, con especialidad en embarazos de alto riesgo- y el asesor tutelar.

El Dr. Illia adjuntó un dictamen del Comité de Bioética del Hospital, donde se expone lo siguiente: "El feto, que se encuentra comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Por lo tanto si la portadora de un embarazo de estas

características, que sea legalmente hábil, solicita la interrupción del mismo y si ha sido fehacientemente informada de las implicancias de su decisión, este Comité de Bioética, basado en el principio Bioético de Autonomía respecto de las decisiones personales auto referentes y de Beneficencia respecto de aquello que contempla el mejor interés de la paciente con relación a su salud, entendiendo la misma como un estado de completo bienestar bio-psico-social, no tiene objeciones a su pedido" (fs. 58, dictamen suscripto por la Dra. Butta, psicóloga; la Dra. Rittler, genética médica; la Dra. Ruiz, Jefa de Departamento de Diagnóstico y Tratamiento; el Dr. Trevan, Servicio Tocoginecología, y el Dr. Defiore, abogado).

En la Audiencia, conforme surge del Acta y ante las preguntas efectuadas por los miembros del Tribunal y por el asesor tutelar, el Dr. Illia expresó, en lo esencial, "que la viabilidad nula que menciona el informe de la Comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría". Agregó que "Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. Señala que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro, y a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado". Con respecto a la salud de la madre y "En orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura".

El asesor tutelar ratifica lo ya dicho en su dictamen, enfatiza que el Código Civil no exige la viabilidad de la persona para considerarla tal, solicita que el expediente sea devuelto a primera instancia y que se corra traslado al Gobierno de la Ciudad.

La Sra. T., por su parte, expone la situación que está viviendo y el sufrimiento que padecen tanto ella como su familia.

7. La Cámara, por mayoría, decidió que el amparo sea sustanciado en dicha instancia y le requirió a la demandada el informe previsto en la ley 16986 (3), art. 8 .

8. El Gobierno de la Ciudad, como toda contestación, adjuntó un informe producido por el Director del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá (nota 2689), a cuyos términos se remite.

El Director del Hospital, Dr. Argento, entiende que se solicita "la realización de actos médicos tendientes a lograr la interrupción del embarazo que cursa la Sra. S. T.", ante lo cual considera "que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado". No obstante, aclara "que de así decidirlo el órgano jurisdiccional competente, este Hospital no tendría inconveniente en realizar el acto médico de interrupción del embarazo".



9. El asesor tutelar, ante la decisión de la Cámara de tramitar el amparo en dicha instancia, interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante su denegación, recurso de queja ante el Trib. Sup. Just.

El Trib. Sup. Just., recalificando el recurso en los términos del inc. 4 art. 113 CCBA y del inc. 7 art. 26 ley 7 (4), remitió las actuaciones al juzgado de primera instancia a fin de que resuelva el amparo y, a la vez, fijó plazos acordes a la urgencia del caso para la tramitación de los recursos, si los hubiera.

10. La titular del juzgado de primera instancia en lo contencioso-administrativo y tributario n. 7 rechazó la acción de amparo. Para así resolver entendió que lo peticionado es una interrupción de embarazo en los términos del art. 86 inc. 1 CPen., pues de lo contrario se estaría solicitando una autorización para delinquir. Agrega que "si efectivamente se verificaran las condiciones para considerar que se trata de una interrupción de embarazo desincriminada por la ley penal, ninguna autorización judicial se requeriría para tal fin". Sin embargo, concluye que, de acuerdo a las constancias de la causa, no se ha demostrado el daño a la salud de la madre exigida por la citada cláusula del Código Penal.

11. La sala 1ª de la Cámara rechazó, por mayoría, el recurso de apelación deducido por la amparista y, por ende, confirmó la sentencia apelada.

12. Frente a la anterior decisión, la Sra. S. T. interpuso recurso de inconstitucionalidad, el que fue contestado tanto por el Gobierno de la Ciudad como por el asesor tutelar, y concedido por la Cámara.

La recurrente funda su recurso en el derecho a la salud (art. 20 CCBA), en la protección integral de la familia (art. 37 CCBA) y alega la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara. También refiere el error en que incurrió uno de los votos de la mayoría, al afirmarse que el recurso de apelación se intentó fundar en el art. 86 segunda parte CPen., pues la terrible situación que padece debe ser "mirada a la luz de mi derecho a la salud, como así también, de la protección de mi familia en su conjunto".

El Gobierno de la Ciudad se remite al dictamen oportunamente adjuntado y sostiene que la recurrente, por insuficiencia de fundamentación, no ha satisfecho adecuadamente los requisitos exigidos por la ley 402 para considerar admisible el recurso de inconstitucionalidad.

El asesor tutelar, por su parte, solicita que se admita el recurso de inconstitucionalidad únicamente en cuanto a la controversia en la interpretación del derecho de salud de la madre en relación con el derecho a la vida de la persona por nacer (punto 6 de su petitorio; fs. 155) y, en lo relativo al fondo, reitera en lo sustancial los argumentos ya vertidos en sus anteriores presentaciones.

La sala 1ª de la Cámara, al conceder el recurso, entiende que se encuentran en discusión derechos de rango constitucional y, en cuanto a la alegada arbitrariedad de su sentencia, si bien no comparte la calificación efectuada, considera que la denegación del recurso comprometería los derechos de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción en tiempo útil del amparista.

13. El asesor tutelar general, en su dictamen, luego de sostener que no se ha articulado con debida precisión un caso constitucional, se remite en lo fundamental a lo expuesto por el asesor tutelar.

14. El fiscal general, en su dictamen, entiende que hay una disyuntiva entre los derechos de la madre y el hijo por nacer, debiendo privilegiarse los de este último.

Fundamentos:

El Dr. Maier dijo:

I.1. El recurso contiene todas las exigencias externas (tiempo, lugar y forma) propias de la impugnación constitucional, se dirige contra un objeto impugnabile por este medio, la llamada sentencia definitiva dictada por el último tribunal de mérito y, conforme a la misma vía litigiosa elegida, pone en crisis la decisión por motivos de orden constitucional directos que fueron base de su pretensión. Esa ha sido la razón por la que el recurso fue concedido por la Cámara, sin necesidad de detenerse en cada uno de los agravios.

2. La actora impugna la falta de decisión y ejecución (omisión), por parte de los médicos de un Hospital de la Ciudad, de una interrupción de su embarazo para provocar un alumbramiento prematuro de un feto anencefalo, esto es, sin calota craneana ni hemisferios cerebrales, intervención que, sin embargo, fue diagnosticada y aceptada por los padres. Pretende una decisión positiva de parte de un tribunal, que faculte a los médicos a realizarla, pues la razón de ser de la falta de ejecución de la solución diagnosticada consiste, precisamente, en la perplejidad de los médicos frente a las reglas jurídicas que rigen el caso, que -es cierto- no permiten una definición concreta sencilla desde el punto de vista del orden jurídico -¿prohibido-permitido?, en su caso, consecuencias-, ya por oscuridad de la ley, ya por falta de previsión concreta (laguna), ya porque la praxis judicial no alcanza el grado de generalidad y aceptación que permitiría develar la interpretación correcta del caso frente al orden jurídico. Este mismo caso es, sin duda, la mejor prueba de ello.

3. Todo el amparo constitucional se asienta sobre la afirmación de su derecho, en conjunto con su marido, a decidir la práctica de un parto prematuro -diagnosticada como solución médica: inducción del parto o cesárea-, con invocación precisa de su derecho fundamental, y el de su familia, a la salud, comprendida también como salud síquica.

Esa argumentación básica se ha mantenido durante todo el proceso constitucional directo, con mención de diferentes reglas de la CCBA (fundamentalmente, arts. 14 , 20 y 37 ), de la CN. y de diferentes convenciones internacionales incorporadas a ella, hasta culminar en este recurso, razón por la cual no cabe, frente al caso, rechazar el recurso por inadmisibilidad formal, acudiendo a su falta de fundamentación, a su escasa fundamentación o a motivación introducida en el recurso, como lo pretenden el Gobierno de la Ciudad y el asesor de incapaces. El caso representa, desde su iniciación, una confrontación directa entre la decisión de los padres acerca de la interrupción del embarazo, aconsejada o prevista médicamente, y el cúmulo de reglas constitucionales y reglamentarias comunes que pretenden dilucidar el conflicto entre la vida de una persona por nacer, pre o posparto. Por esta razón, nadie puede invocar en esta instancia, bajo pretexto alguno, la exclusión de algún motivo de análisis, dado que, durante el transcurso del breve proceso se han puesto en juego tanto reglas constitucionales relativas

a la vida, a su comienzo, a la salud, tanto física como síquica, extendida a la integración familiar, y a las reglas penales que prohíben el aborto y sus consecuencias, o, por lo contrario, que permiten la interrupción del embarazo o el alumbramiento prematuro, reglamentarias de aquellos derechos. Mirar el caso con la restricción de un ángulo jurídico determinado, en un proceso de orden constitucional directo, limitaría irracionalmente su contemplación a la luz del orden jurídico vigente, único objeto de la acción establecida y razón de ser de la negación médica de inducir un alumbramiento prematuro o practicar una operación con ese fin.

Por lo demás, es también cierto que la escasa fundamentación del recurso o los errores en ella, que medidos en otro proceso de conocimiento pueden conducir al rechazo formal del recurso, ceden aquí ante la urgencia temporal impelida al trámite -por lo que se disculpa el mismo recurrente- y habilitan el auxilio judicial. Asimismo, según se verá en el voto, no existe otra manera de dar solución al caso urgente en el sentido que creo correcto -o, también, en sentido contrario-, salvo que se prefiera una salida puramente formal que excluya su solución judicial, positiva o negativa.

4. Cabe aclarar que, en lo que atañe a la arbitrariedad de la sentencia, invocada por la recurrente desde distintos puntos de vista (las menciona como arbitrariedad fáctica y arbitrariedad axiológica), no se trata de un motivo autónomo del recurso intentado. Desde el punto de vista del recurso la llamada arbitrariedad fáctica no significa otra cosa que reclamar la invalidez de la sentencia por la omisión de valorar un elemento de prueba o, de otra manera, expresa su valoración en distinto sentido de un elemento de prueba valorado en la instancia de mérito. La llamada arbitrariedad axiológica no significa algo distinto a la contrariedad del recurrente con la manera en que la sentencia atacada combina los distintos preceptos que aplica en su fundamentación jurídica y el rango que les concede en el orden jurídico.

La sentencia, en principio, no ha omitido valoración alguna; por lo contrario, más allá del juicio acerca de su acierto o desacierto, ella ha precisado con rigor el valor que concede a los elementos de prueba introducidos al procedimiento, que le fueron útiles para determinar el caso y su contexto. La distinta valoración por el recurrente de un elemento de prueba no autoriza el recurso, pues no constituye uno de sus motivos. Y, por último, la manera en que se combinan los distintos segmentos de nuestro orden jurídico para resolver el conflicto planteado, constituye, precisamente, la contrariedad del recurrente con la decisión y el objeto de análisis del Tribunal: a este respecto la sentencia en crisis no carece de fundamentación, por lo contrario, la posee, pero en distinto sentido que aquel que funda la pretensión del recurrente; de ninguna manera esa sentencia -acierto o yerre- puede asimilarse a la determinación de un fundamento tal que se equipare a la falta de fundamentación y la constituya en la expresión de la voluntad de los magistrados, prescindiendo de la voluntad de la ley, o en una exposición caprichosa. Sin embargo, aun con partida en este punto de vista, se debe reconocer que el recurso señala, con acierto, que los votos decisivos de la sentencia omiten por completo valorar el informe psicológico, con la excusa de que él no posee la firma del facultativo que lo emitió. Debe decirse al respecto que, si bien esa omisión puede privar al informe de su característica de documento (privado), no lo priva, en cambio, de su existencia como tal -por tanto, valorable-, confirmada por la asistencia de quien lo emitió a la audiencia convocada por la Cámara, sin reserva alguna.

La tacha de arbitrariedad, equivalente a la carencia de fundamentación, como argumento para invalidar el fallo no debe ser admitida, en tanto la sentencia se baste a sí misma, pues los jueces pueden, dentro de ciertos límites razonables -que no han sido trasgredidos en el caso-, seleccionar el material probatorio y los argumentos expuestos que resultan adecuados para fundar la decisión; por otra parte, es claro que error formal detectado no le quita ni le pone al recurso, según lo explicado. Por la misma razón, carece también de sentido, como lo hemos dicho, perjudicar formalmente el recurso ya concedido.

II. Previo a discurrir sobre la solución del caso, voy a exponer sintéticamente aquellas circunstancias de las que parto, que determinan perfectamente las sentencias precedentes.

1. La Sra. T. está embarazada como producto de la unión con su marido. Cumplido el quinto mes del embarazo se detectó que la persona por nacer era anencéfalo.

2. La anencefalia significa que el feto, dicho vulgarmente, carece de cabeza, esto es, están ausentes, por una malformación, los hemisferios cerebrales y la calota craneana, según lo describe la ecografía obstétrica agregada. Vale la pena aclarar que la anencefalia no significa ausencia completa de toda actividad cerebral, pues, si así fuera, ni siquiera los movimientos internos que el feto necesita para vivir (por ej.: respiración, impulsos cardíacos) existirían, esto es, moriría (definición de la anencefalia, etiología, anomalías similares y carencia de otros órganos en anencéfalos, más otros datos empíricos y estadísticos, pueden leerse en: AA.VV., The medical task force on anencephaly, The infant with anencephaly, en "The new England Journal of medicine", Vol. 322, Nº 10, ps. 669 y ss.).

3. Los médicos han determinado con certeza absoluta que: "El feto, que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina." (del informe del Comité de Bioética del Hospital materno-infantil "Ramón Sardá"). Tal determinación, citada para evitar errores, ha sido tenida por cierta pues, en la audiencia convocada por la Cámara, el Dr. Illia, subdirector del Hospital y médico obstetra con especialidad en embarazo de alto riesgo, la confirma y la aclara: "... supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas. No existe diferencia en cuanto a las posibilidades de sobrevivida entre inducir al parto ahora [al momento de la audiencia: embarazo de 26 semanas] o esperar los nueve meses. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía". Sólo puedo acotar que el artículo científico en inglés antes citado informa sobre anencéfalos que sobrevivieron algo más, por excepción, al parecer, asistidos médicamente.

4. Es también una verificación del proceso y las sentencias que el niño del caso, si nace con vida, no recibirá asistencia médica después del alumbramiento: "En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevivida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría." (del informe del Dr. Illia en la audiencia).

5. Es claro, incluso por este procedimiento, que los padres, al ser informados de la situación, requirieron, antes que aceptaron o consintieron, la interrupción del embarazo primero por provocación del parto, luego, incluso, por cesárea.

6. El riesgo para la vida o la salud de la madre ha sido el núcleo de las discusiones, afirmado por unos, negado por otros. Hasta aquello que se sabe en el caso, no parece existir riesgo físico u orgánico mayor que el de un embarazo o parto normal: "Existe la posibilidad de que el embarazo cause patologías sobrevinientes, como en cualquier embarazo." (del Dr. Illia, audiencia citada); de otra manera: "... pero esos riesgos son inherentes a la naturaleza misma del acto quirúrgico consistente en traer al mundo un nuevo ser vivo." (del informe del Dr. Juan D. Argento, Director del Hospital, acompañado a la causa por el Gobierno de la Ciudad).

Empero, se ha afirmado un riesgo síquico como integrante del concepto salud y, en cierta manera, él se ha verificado: contamos con un informe psicológico que lo afirma, aunque sin precisar su gravedad, razón por la cual el voto mayoritario de la sentencia en crisis no lo estima susceptible de producir la autorización a la que se refiere el art. 86 , inc. 1º, del Código Penal. El Dr. Illia, en la audiencia, se ha animado a afirmar cierta gravedad del daño síquico: "... concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura." (audiencia citada); pero ello no parece pasar de ser un juicio común o vulgar, pues él no deriva de verificación científica alguna, a la par de no constituir la especialidad del autor. Algo similar se puede predicar del informe del Sr. Director del Hospital, en el punto correspondiente (nº 5). Lo cierto, como base de nuestra sentencia, consiste en que los votos mayoritarios de la sentencia en crisis no le reconocen a este riesgo la categoría de aquel que puede habilitar la interrupción voluntaria del embarazo.

7. Aunque no forma parte del razonamiento jurídico estricto que sobrevendrá en el voto, campea en el caso la idea de que, por pertenecer la actora a una familia de escasos recursos, debe acudir a un Hospital estatal, pues, como dijo su letrada en la audiencia citada, "si fuera persona de recursos esto habría sido solucionado en el ámbito privado".

III.1. Constituye una seria confusión de conceptos, debida quizás a cierta ligereza reflexiva, el pensar, en origen, como aquí se ha dicho, que la autorización que se solicita por el amparo es un "aborto" o, tan siquiera, que pueda asemejarse, incluso por equiparación analógica, a un aborto. A explicar este extremo, con la mayor claridad posible, dedicaré los párrafos siguientes.

2. Como en toda conducta objeto de una decisión judicial, el hecho de que ella sea caracterizada como un delito -o, al menos, indiciada como tal- depende de una multiplicidad de factores que describen los elementos que el legislador ha tenido en cuenta para definir genéricamente (en abstracto) esa conducta como, en principio, prohibida (juicio de tipicidad), que comparan luego el contexto de vida más amplio en el cual se desarrolla la conducta con las reglas de permiso diseminadas por el orden jurídico (también existentes en la propia ley penal), pues, en ocasiones, el derecho autoriza a llevar a cabo comportamientos que, en principio, contienen todos los elementos de la prohibición (juicio de antijuridicidad o de contradicción del comportamiento con el orden jurídico): piénsese en la defensa legítima o en las lesiones o privaciones de libertad levísimas que provocan los padres para corregir a sus hijos [art. 278 CCiv.], y que, por último, reparan en la capacidad del autor para comprender la criminalidad de la acción o para conducirse según esa comprensión, o en la mayor o menor posibilidad que tuvo el autor para obrar de otra manera (juicio de culpabilidad). Para ir más allá se pregunta todavía si un comportamiento que, sometido a ese examen, responde siempre positivamente, es punible, esto es, si no existen motivos jurídicos para excluir la pena. Hasta aquí la descripción burda, en el sentido de desproblematizada (sin

referencia a los complejos problemas de encasillamiento en una u otra categoría), del método analítico normalmente utilizado para conocer si la conducta del caso es o no es punible, método que permite realizar el juicio jurídico indispensable para imponer o dejar de imponer una pena, según reglas específicas determinadas por aquello que, en Derecho penal, se comprende por Estado de Derecho.

Empero, la pregunta formulada en el punto 1 sólo refiere a la definición de aquello que la ley denomina aborto como conducta prohibida en esos mismos términos: "El que causare un aborto ..." (art. 85 CPen.), esto es, a responder solamente si la realización de la conducta pretendida por la amparista contiene todos los elementos para calificarla como expresión de la intención de abortar. Sólo a responder esa pregunta me dedicaré en el próximo párrafo (juicio de tipicidad), con exclusión de los demás pasos del examen analítico.

3. No existe autor de Derecho penal (citaré los argentinos, pero podría citar a todos los extranjeros), que no describa los tres elementos esenciales objetivos, que deben existir en la realidad, para que un comportamiento pueda ser calificado como un aborto.

En primer lugar, es indispensable la existencia de un feto vivo (pues, como se verá, el delito consiste en matarlo); sin necesidad alguna de problematizar el momento inicial y final de la existencia de un feto, objeto de múltiples discusiones científico-biológicas, morales y jurídicas, ello mental, al menos en idioma vulgar, la existencia de un ser concebido por la unión femenino-masculina que se explicita mediante el verbo procrear (aquí también pueden plantearse múltiples discusiones). Pero todos los problemas que pueden existir para determinar la existencia del feto son aquí insustanciales porque el caso no los presenta: la señora T. ha concebido con su marido el feto que lleva en su vientre desde hace tiempo. El primer elemento, entonces, está presente en el caso.

En segundo lugar, resulta necesario que la acción signifique una interrupción del embarazo, o, de otra manera, que signifique evitar la manera de parir natural de una mujer, para conceder a la definición el máximo de extensión posible, y, de alguna manera, anticipar el momento en el que se produce el alumbramiento. Creo que, definido de esta manera, con prescindencia intencional -al menos momentánea- de toda precisión científico-biológica, lo que pide la Sra. T. es una interrupción de su embarazo. Quiero prescindir de toda definición biológica -por supuesto, con enorme cantidad de distinciones propias de una ciencia- para no ingresar en cuestiones discutidas, incluso jurídicamente, que teñirían a este fallo de un halo de científicismo y decisionismo ideológico. Quedan así afuera de esta determinación todas las buenas o malas razones que la Sra. T. y su esposo pudieran tener, y de hecho tuvieron, para requerir la autorización mencionada. El elemento está presente, al menos como pretensión, en el caso.

4. El tercer elemento, que todos los autores mencionan con razón (Soler, 1978, t. III, p. 91; Núñez, 1961, t. III, ps. 161 y ss.), incluso el autor citado ya por la sentencia de 1ª instancia (Fontán Balestra, 1996, t. IV, ps. 225 y ss.), consiste en el resultado de muerte -se trata de un delito de resultado material-, ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura.

He aquí el elemento faltante, sobre todo cuando el caso ya presenta aristas específicas que no pueden desconocerse, elemento sin el cual la prohibición carece de sentido. La muerte debe ser el producto de la expulsión prematura. La acción aquí en discusión no presupone -ni, como veremos, va dirigida a- la muerte de feto alguno, antes o después del alumbramiento, sino que, por lo contrario, consiste en anticipar el momento de la vida extrauterina. Tanto la Sra. T., como los médicos que practiquen eventualmente la operación, anticiparán la vida exterior del nasciturus, no la inmolarán. El problema de la muerte es aquí un problema que, a estar a las descripciones biológicas de los informes y a las expresadas en la audiencia, carece de vínculo alguno con el alumbramiento prematuro: se produce y se producirá de todas maneras, con total independencia del momento del alumbramiento, porque el feto es inviable, esto es, incapaz por sí mismo de vida externa en razón de la anencefalia. He aquí también la grave confusión que anticipaba al comienzo, cualquiera que sea la posición del intérprete frente a los múltiples problemas de todo tipo -religiosos, morales, jurídicos, biológicos o, simplemente, político-prácticos- que presenta el delito de aborto. Con ello quiero decir que daría exactamente lo mismo la confesión o ideología del intérprete: en todo caso, no se trata de un aborto por carencia de uno de sus elementos objetivos esenciales. Pensar de otro modo sería prohibir el parto prematuro, incluso la cesárea, cuando él esté indicado o pedido para facilitar el alumbramiento con vida y, más aún -según veremos-, hacer depender del hecho objetivo de la muerte, producido por otras causas, la determinación y punición del delito de aborto, en este caso con grave lesión para el Derecho penal de un Estado de Derecho. Al respecto, no debe quedar fuera de consideración que nuestro art. 71 CCiv., pese a su antigüedad, ya preveía que "... no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica".

El caso tiene, además, aristas específicas, que, como anticipé, lo caracterizan más detalladamente. Todo el tiempo que transcurrió en los trámites judiciales lo sitúan en el octavo mes del embarazo, esto es, después de las 28 semanas de embarazo, momento en el cual, según determinación biológica, se trata tan sólo de un parto prematuro, indicado por la ciencia médica (ver audiencia fs. 60 vuelta). Ello contribuye a determinar que su propósito no es la muerte del feto, elemento del delito, sino, por lo contrario, su vida, aun escasa temporalmente en razón de la anencefalia.

Tan cierto es que la vida no se cercenará por la expulsión prematura, que los médicos, curiosamente, se han atrevido a determinar que, según práctica corriente, no recibirá auxilio alguno posnatal, sin duda una decisión más fuerte penalmente que aquella de la expulsión anticipada, pues se trata de omitir todo auxilio a un ser vivo, en situación de desamparo e incapaz de valerse por sí mismo.

5. Hasta aquello que aquí fue explicado, resulta imposible categorizar, objetivamente, a la acción como una de aquellas a las que le cabe la definición de aborto. Aquí debería terminar toda discusión; empero, es sumamente ilustrativa la solución mirada desde el punto de vista del elemento subjetivo, que requiere el delito de aborto. Vamos a dejar de lado al llamado aborto preterintencional (acción no dirigida a la expulsión prematura de un feto, pero culposa y previsible para el autor en relación al resultado de muerte del feto, art. 87 CPen.) y aún, a todo evento, al aborto culposo (acción en principio dirigida a un fin legítimo, p. ej., la extracción prematura del fruto del embarazo indicada médicamente, con fallas en su ejecución por descuido del autor: sin previsión penal), en razón de que aquí se trata, en todo caso, de la voluntad claramente expresada en el

sentido de un parto prematuro (dolo de interrupción del embarazo, si se quiere, de un eventual aborto, si estuvieran dados sus elementos objetivos). El dolo del delito de aborto no consiste en otra realidad que en el conocimiento del embarazo y en la voluntad de causar la muerte del feto mediante la interrupción del embarazo.

No existe la menor duda de que el parto prematuro a provocar en el caso no tiene por finalidad la muerte del feto, sino, por lo contrario, su alumbramiento. El hecho de que la madre, y con ella los médicos y nosotros mismos, sepamos que el niño es inviable, esto es, que morirá rápida y necesariamente en razón de su malformación (anencefalia), no cambia las cosas. Si, por lo contrario, las cosas cambiaran, todo parto prematuro, según ya lo advertimos, tendría una dependencia necesaria de su éxito en la realidad: si el feto muere por causas extrañas al alumbramiento prematuro, él sería calificado, en todo caso, como presuntamente delictivo, y, por lo contrario, si el niño vive, todos felicitaríamos al autor de una obra de bien. De más está advertir acerca de que tal posición -tan típica de la economía y de la vida social de nuestro tiempo- es inviable para un Derecho penal fundado en un Estado de Derecho.

6. Conforme a lo explicado, no tiene sentido examinar si se trata de un "aborto justificado", como proponen las sentencias antecedentes. Si ya fracasa la calificación del acto como un aborto, la prédica acerca de si, eventualmente, de tratarse de un acto de esas características, estaría justificado, sólo procede obiter dictum. La valoración del acto como atípico, esto es, con aplicación del principio de legalidad, como externo al Derecho penal, no abarcado por él, en fin, permitido desde este punto de vista (arts. 18 y 19 CN.), coloca en cabeza de los médicos y de la Sra. T., una vez interiorizada de los pormenores, según ya ha ocurrido, la decisión. Entiendo el temor de los médicos frente a la situación, pero dejo de entenderla cuando me advierten que el niño, una vez nacido, no recibirá auxilio alguno posnatal, al menos para extender su vida, pues, como lo advertí, esta es una decisión que, en principio, deben compartir y que, además, es de mayor jerarquía que aquella que hoy se presenta (alumbramiento prematuro).

En lo explicado hasta ahora reside, precisamente, el mayor defecto de las sentencias dictadas. Se ha pasado directamente a estudiar si se trata de un aborto justificado, antes de estudiar si se trata de un aborto o si se trata, en verdad, de un parto prematuro permitido, pues se dirige directamente al nacimiento con vida de un niño inviable. He allí el núcleo de la confusión en la que incurren todas las sentencias dictadas hasta ahora en el caso. Ellas advierten, por momentos (en especial cuando relatan la pretensión de la actora), el problema planteado, pero luego, suponiendo sin más el aborto, esto es, la reunión de los elementos objetivos y subjetivos requeridos por la prohibición (confundiendo así su definición con la mera interrupción voluntaria del embarazo), se enfrascan en la discusión sobre su justificación en el caso, con referencia al llamado aborto terapéutico o necesario (que algunas de ellas, incluso, no tratan convenientemente). Esto es aquello que la ilustrada sentencia del juez Pedro H. Hoof, a pesar de haber resuelto el caso -entre otros argumentos- por aplicación de la regla penal del aborto terapéutico (conforme a las particularidades de su caso), observa claramente en el punto 14 de los fundamentos de su decisión (Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata, n. 3, JA n. 6113 del 28/10/98, p. 57: "... no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida y de la salud de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea autorizada en la presente sentencia -conforme al fundado criterio médico- no afectaría la vida del nasciturus en el supuesto e hipotético caso -ciertamente improbable conforme a las constancias de la



causa [en el caso no se trataba de anencefalia sino de una grave malformación craneana y cerebral, si se quiere, afectación más 'benigna' que la de este caso, denominada Holoprosencefalia Alobar]- que el mismo fuera viable".

IV.1. Aunque creo que el expuesto es el criterio jurídico más relevante para resolver el caso, no quiero pasar por alto otras razones que, en mi recorrido médico y judicial sobre el caso, avalan también la posición final que adopto. Se ha dicho, también (Débora Diniz, O aborto seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais, "Bioética", Revista del Consejo Federal de Medicina, Sao Paulo, Brasil, 1997, vol. 5, n. 1, ps. 19 y ss.), que el caso de la anencefalia representa, entre las patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales -vulgarmente, de cerebro y de cráneo- constituye la "representación de lo subhumano" por excelencia. Según ello, los fetos anencéfalos constituyen uno de los individuos en la categoría o familia de los subhumanos, por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de "humanos". Alguna de las sentencias judiciales brasileras que el artículo nombrado toma a guisa de ejemplo, y que soporta como base jurídica una legislación penal idéntica a la nuestra (no tolera el aborto eugenésico y justifica sólo el aborto terapéutico), han explicado: "No existe razón para dejar de afirmar que, en el caso de anencefalia, la vida que subsiste no es, hablando propiamente, una vida humana, la vida de un ser humano destinado a llegar a ser (o ya ser) persona humana ... (apud Verspieren, 1989). No se está admitiendo la indicación eugénica con el propósito de mejorar la raza o evitar que el ser en gestación vaya a nacer ciego, mutilado o débil mental. Se busca evitar el nacimiento de un feto científicamente sin vida, enteramente desprovisto de cerebro e incapaz de existir por sí mismo ..." (alvará emitido por la Comarca de Londrina, 2ª Vara Criminal: 02 - diagnóstico: anencefalia; en 1/12/1992 [traducción mía]).

En los anencéfalos, se trata, según se observa, de alteraciones extremas, porque no poseen el "órgano sede que, por su desenvolvimiento evolutivo, diferencia a los seres humanos de otros animales. Es el cerebro el que permite o posibilita la personalización de la humanidad, tarea imposible para aquellos que no lo poseen". (Del artículo citado arriba, traducción mía). El mismo artículo trae a colación la opinión católica sobre la misma idea de localización en el cerebro de la "humanidad"; en palabras de Fernando Altemeyer Junior, vicario coadjutor de la Comunicación de la Arquidiócesis de San Pablo, según un artículo publicado en el "Jornal do Brasil, el 1/3/1996: "Muchos moralistas católicos de renombre tienen posición tomada a favor de esta operación quirúrgica en el caso específico de la anencefalia, pues no son seres humanos los frutos de esta gestación y, por tanto, no se podría exigir de esta madre el sacrificio de una gravidez que no pudiese ofrecer vida humana a un niño destinado a sobrevivir ...[traducción mía; la posición se refiere al aborto selectivo y lleva el sugestivo título: A única excecao - La única excepción]".

Si esta posición resulta justificada, tanto desde puntos de vista tan distantes como los biológicos, los éticos, los teológicos o los jurídicos -algo que yo no me atrevo a afirmar hoy, porque el caso no provee información satisfactoria al respecto y yo no he podido investigar suficientemente esos extremos, por razones de urgencia en la decisión-, alteraría en cierta manera el análisis anterior, pues ya no faltaría un elemento objetivo integrante de la prohibición de abortar, sino, antes bien, dos de esos elementos, razón por la cual hasta teólogos católicos, según se ha informado, conciben la interrupción del

embarazo en el caso de anencefalia -incluso con muerte del feto-, quizás como única excepción.

2. No es extraño a esta determinación nuestro propio Código Civil, pese a su antigüedad, y mucho menos el Derecho romano del que procede. La nota a su art. 70<sup>1</sup>, que parafrasea a Savigny, reporta la condición -entre otras- de que el hijo nacido, para ser considerado persona, "sea una criatura humana". Y aclara sobre este punto al final: "En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser, según la expresión de los romanos, ni monstrum ni prodigium; pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos [que Vélez Sarsfield cita en notas] no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad." [cita aquí "Las leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas"]. Parece claro que los antiguos conocieron niños anencéfalos, aunque la ciencia médica de la época no alcanzará todavía a explicar la etiología y características de la malformación, como lo hace ahora (cf. AA.VV. [The medical task force on anencephaly], The infant with anencephaly, en "The new England Journal of Medicine", Vol. 322, N° 10, ps. 669 y ss., con múltiples datos acerca de este caso médico); y, más aún, parece claro que tuvieron estos nacimientos y les negaron, como las opiniones trascritas antes, "signos de humanidad", esto es, la calidad de persona humana. La perplejidad de los antiguos ante el caso parece similar a la confesada por mí en el párrafo anterior, pero ellos decidieron desconocer a estos niños su calidad de criatura humana, con lo cual, según hemos dicho, careceríamos de otro de los elementos que configura la prohibición de abortar.

Quizás esta determinación, fundida en el aserto de la muerte irremediable, en horas a lo sumo, pueda explicar con mayor fecundidad el hecho de que, nacido el niño con anencefalia, no se le proporcione auxilio médico neonatal alguno.

3. Esta determinación extrema explica, por otra parte, cómo el caso se comporta neutralmente, como cualquier otro, frente a las reglas del Código Civil o de las convenciones sobre derechos humanos -derecho a la vida- que sólo pretenden definir el momento que da origen a la vida, reglas básicas aquí múltiplemente citadas y discutidas. El caso no se vincula de manera alguna con la discusión del origen o comienzo de la vida, como punto en el tiempo a partir del cual comienza la protección de la vida, por ej., con la discusión sobre si concepción sucede ya desde la unión del gameto masculino con el óvulo femenino (extrauterino), o si ella sólo puede aceptarse, conforme a conocimientos médicos, desde la anidación del huevo fecundado en la matriz materna. Cualquiera de estas situaciones ya han sucedido, lamentablemente, en este caso y resultan indiscutibles empíricamente. Por lo contrario, el caso, antes bien, se relaciona con otros elementos que nos permitirían, eventualmente, definir aquello que es vida humana frente a procesos embriológicos fallidos; más aún, el caso se relaciona más con la muerte, como los médicos lo han advertido desde un primer momento, que con la vida, analógicamente a como se comporta el caso de un adulto que, por accidente, sea cerebro-vascular o no lo sea, ha quedado sin cerebro, sólo con vida orgánico-vegetativa asistida -sin contacto externo alguno-, irremediabilmente destinada a la muerte, por imposibilidad de sobrevida autónoma, frente a la decisión de eliminar la asistencia que hoy puede brindar la medicina para conservar ese tipo limitado de vida. Ahora se entiende mejor aún -se comparta o no se comparta- la decisión de no prestar auxilio

médico neonatal al anencéfalo. Esta es la razón por la que evitaré esa discusión, inútil para el caso, base de la posición que ha determinado la intervención de la asesoría tutelar, e interpretada por cada una de las partes y los jueces para favorecer la posición que fundan.

V. Muy brevemente diré también que, a mi juicio, la decisión que se detiene en la confrontación entre los bienes jurídicos vida de la persona por nacer - salud de la madre, como valores absolutos o intereses objetivados, a la luz de la autorización concedida por el inc. 1 art. 86 CPen., también es criticable en sí misma, aunque el voto no se detenga en ella pues, como lo advertí, no define el caso según sus características concretas.

Comencemos por decir que esa autorización no se puede confundir -como sucede efectivamente en un voto de la sentencia en crisis- con la más general que contiene el art. 34 inc. 3 CPen.: estado de necesidad (Soler, Sebastián, Derecho penal argentino T.E.A., Buenos Aires, 1956, t. III, ps. 127 y ss.; Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1964, t. I, ps. 338 y ss.). La del inc. 1 art. 86 CPen., es también, como aquélla, una causa de justificación, pero, a contrario de aquélla, representa sólo una autorización específica, que rige únicamente para el delito de aborto y se distingue del estado de necesidad genérico por características propias. Por lo pronto, es claro que la autorización para interrumpir el embarazo depende, en este caso, de mayores exigencias, no contenidas en el estado de necesidad general: la decisión médica que lo prescribe y lo ejecuta, y el consentimiento de la mujer encinta. En segundo lugar, ella no depende de la inminencia del conflicto entre dos bienes jurídicos, porque la autorización depende tan sólo de un diagnóstico médico que torne probable el conflicto, en el futuro -no así actualmente, caso en el cual operaría el estado de necesidad genérico-, entre la vida de la persona por nacer y la vida o la salud de la madre. Pero, además, también discrepan ambas autorizaciones en la ponderación del rango de los bienes jurídicos en juego. En el choque de vida (del nasciturus) vs. vida (de la madre), el llamado aborto terapéutico o necesario privilegia claramente la vida de la madre -incluso como riesgo eventual-, mientras que el estado de necesidad genérico no permite concluir así o, por lo menos, no lo permite con claridad (el famoso ejemplo académico de la tabula unius capax). Ello se magnifica aún más cuando la disposición, a diferencia de la del estado de necesidad (salvar el mal mayor con sacrificio del menor), privilegia la salud de la madre (mal menor) frente a la vida del niño por nacer (mal mayor, en la definición tradicional). Sin duda, esta disposición constituye una reglamentación del derecho a la vida y del derecho a la salud, o de su conflicto en ese caso genérico, valores básicos reconocidos tanto al niño por nacer como a la madre, no sólo por nuestras leyes fundamentales, sino, incluso, internacionalmente, según se ha puesto de manifiesto repetidamente en este procedimiento.

Vale la pena acotar que por salud de la madre no se puede entender hoy tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, como lo explicita nuestra Constitución (CCBA, 20, I), él comprende, también, aquellos daños síquicos -quizás también orgánicos, aunque no los percibamos sensorialmente- y, en tanto la madre integra una familia, aquellos que pueden derivar para su salud de la afectación de otros miembros de su familia (cónyuge, hijos). El problema aquí resulta, antes bien, de la falta de definición de un riesgo fisiológico o patológico probable.

La sentencia recurrida, sin desconocer por completo la afectación síquica, afirmada en el caso, rechaza la justificación de la interrupción del embarazo por considerar que

aquello que fue demostrado no constituye un grave daño de esa naturaleza en comparación con la vida del niño por nacer. Pero ella, a mi juicio, se ha mantenido en una esfera abstracta de comparación, al ponderar los bienes jurídicos en juego, en lugar de descender al caso concreto que ella misma fijó. Por fuera de la afirmación de que esta interrupción del embarazo no tiene por destino la muerte fetal del anencefalo (III), lo cierto es que la ponderación, en el caso, se debe llevar a cabo entre una vida puramente orgánica o vegetativa destinada a cesar, aun desde ese punto de vista, no bien el feto sea separado del seno materno, con la salud de la madre. Ya se observa que los requerimientos de gravedad extrema para operar la cláusula del inc. 1 art. 86 CPen., que, además, no están incluidos en su texto (sólo pone como condición del riesgo que no pueda ser superado por otros medios), carecen de apoyo legal. La ley no exige que el daño sea grave, sino, tan sólo, diagnosticable médicamente, confiando en que la prudencia médica, imprescindible para diagnosticarlo, evite recomendarlo, por ej., por razones puramente estéticas, aunque se traduzcan en alguna deformación física menor.

Yo no creo poder explicar mejor el punto de partida que debió observar la sentencia en crisis, respecto de la ponderación de bienes jurídicos en el caso -como fue dicho, ella erige a esta confrontación el objeto central de su decisión-, que acudiendo a la sentencia expresada para explicarlo de uno de los médicos intervinientes (Dr. Illia, audiencia citada): "No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar hasta los 9 meses"; "Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida". Precisamente, ése es el punto de partida del dictamen del Comité de Bioética del Hospital. Se observa, así, que, en la ponderación de los bienes jurídicos concretamente en juego, no parece necesitarse mayor gravedad en el riesgo para la salud, pues el resultado de la interrupción del embarazo para la persona por nacer es exactamente el mismo.

Y, a propósito de ello, la ley no hace depender de una decisión jurídica o judicial la necesidad de un aborto terapéutico, sino, por lo contrario, del consejo de un médico diplomado con fundamento en su ciencia, razón por la cual bastaban, en el caso, las previsiones que, en ese sentido, tomó el Hospital materno-infantil Ramón Sardá frente a la complejidad del caso, al consultar una primera indicación de interrupción del embarazo con su Comité de Bioética (con ello coincide el dictamen del asesor general tutelar, punto VI, aunque luego le sume autorizaciones jurídicas). Esa indicación era irrevisable judicialmente desde el punto de vista de la necesidad diagnosticada, salvo casos extremos en los cuales el diagnóstico no pudiera ser avalado de manera racional por conocimientos científicos. Hasta lo que sabemos, ello no es así (cfr. los artículos citados, Diniz, Débora, O aborto seletivo no Brasil, y AA.VV., The infant with anencephaly, y las sentencias del juez Pedro Hoofstede ya citada [Mar del Plata] y de la jueza de familia Adriana B. Rodríguez [Mendoza, caso n° 25.464/7°, "Laura Rita Martínez" p. medida tutelar -autorización]), aspecto verificado por las propias palabras del Subdirector del Hospital reconociendo que "en otro país del mundo esto se hubiera resuelto porque no hubiese habido dilaciones" (audiencia citada), en clara referencia a los conocimientos médicos y bioéticos puestos de relieve, también, por el Comité de Bioética del Hospital. Un caso judicial regular debería suscitarse frente a la hipótesis contraria: negación de la indicación terapéutica frente a la voluntad de los padres y pedido de que la indicación se establezca, médicamente, en un procedimiento judicial, no así frente al caso actual, en el cual los médicos, con fundamentos, efectuaron la

indicación y sólo se niegan a ejecutar aquello que indicaron como necesario. En esta paradoja consiste, precisamente, la decisión a tomar por el Tribunal y, como se verá, la ilegitimidad del acto administrativo que omite la ejecución de lo indicado y le requiere a las personas presuntamente en riesgo un requisito más que la ley no exige: la autorización judicial. Se puede comprender, al menos en este país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley. Con la decisión de no ejecutar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado la responsabilidad, pues si resultara, por ej., que el daño en la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al requerir la autorización judicial, ellos deberán hacer frente a esa imputación. Finalmente, no se puede olvidar que, según la CCBA, arts. 20 y 21, inc. 5, ello constituye una obligación de la Ciudad, dadas las circunstancias (indicación médica y consentimiento de la mujer).

VI. Frente a las determinaciones que fundan los capítulos anteriores del voto, creo que asume capital importancia el principio de autodeterminación procreativa de los padres, esto es, la decisión de ellos, originada en el diagnóstico médico debidamente informado y la indicación consiguiente. Este derecho de decisión, invocado ante el Hospital por los padres y sostenido aquí por la actora, es, como todo derecho a la autodeterminación (por ej.: la autodeterminación informática cuando se trata del ingreso de informaciones a un banco de datos), un derecho que emana de la forma republicana de gobierno (art. 28 CN.), en tanto el Estado de Derecho reconoce que ciertas decisiones pertenecen al ámbito privado o individual de las personas (art. 19, II CN.), garantizado tanto por la Constitución federal, como por la Constitución de la Ciudad (CCBA, 37).

Precisamente, la Corte Suprema de los EE.UU. (casos "Roe v. Wade" [410 US 113] y "Doe v. Bolton" [410 US 179]), acudió a ese derecho, que denomina derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres y el consejo médico, que las diversas leyes de los estados particulares que integran la Unión no pueden desconocer o restringir con la exigencia de requisitos extremos de verificación médica. Si bien la Corte no desconoce el interés del Estado en proteger la vida fetal o de la persona futura, puesta de frente al largo proceso fetal, reconoce momentos en los cuales la indicación médica y la decisión responsable de los padres domina el conflicto que se plantea entre dos vidas.

El criterio es también aplicable a situaciones extremas como las que este caso presenta. En efecto, si, como lo advertimos, la decisión sólo implica el nacimiento prematuro de un feto destinado irremediamente a la muerte, al menos según los conocimientos médicos actuales -y, por ello, no se le prestará auxilio neonatal-, y si, además, la "vida" que terminará es sólo una "vida vegetativa", sin posibilidad alguna de sobrevivida autónoma, tanto es así que, por las características biológicas de la anencefalia, se pone en duda la existencia de "vida humana", según también lo aclaramos, la decisión autónoma de los padres debe prevalecer, al menos ante fenómenos irremediables y que no podemos explicar o, mejor dicho, definir ciertamente los extraños, ni siquiera auxiliados por los conocimientos científicos.

Éste es, por tanto, el derecho constitucional en juego que, a mi juicio, define la situación. Y es en éste contexto en el que adquieren valor el derecho a la salud, tanto física como síquica (arts. 20 y 21 inc. 5 CCBA; ley 163, inc. 3) (5), tanto propia

como integral de su familia, que invoca la actora, incluso fundado en diversas reglas de convenciones internacionales incorporadas a nuestro Derecho constitucional (art. 75 inc. 22 CN.). Ese derecho de autodeterminación, ejercido aquí responsablemente según indicación médica, sumado a la obligación del Estado de defender la salud (CCBA, 20 ), específicamente en el caso (CCBA, 21 , inc. 5), determinan la ilegitimidad de la respuesta negativa u omisiva que mereció la decisión de la actora y su cónyuge, sobre todo después de que la indicación efectuada por un médico diplomado y especialista, fue confirmada por el dictamen del Comité de Bioética del Hospital, que ya menciona el "principio bioético de autonomía respecto de las decisiones personales".

Constituye un aspecto no esencial para definir la solución del caso, pero coadyuvante con el sentido de este voto, aquello que los médicos denominan principio de beneficencia. Se trata, sin más, del respeto a la dignidad humana, resguardado también constitucionalmente y aplicable también a los niños, que limita o prohíbe el llamado "encarnizamiento terapéutico", esto es, la prolongación de la agonía cuando se sabe ciertamente que no se está curando o dando vida, sino tan sólo retardando el instante de la muerte. La analogía con el caso del ser -incluso niño- que ha tenido vida, desde cualquier punto de vista, y por accidente real o biológico ha quedado tan sólo con sus funciones vegetativas internas, sin esperanza de recuperación alguna, es evidente (cfr. la sentencia de Mendoza, antes citada, punto III, hacia el final), como lo es también la aplicación del principio bioético fundado en el respeto de la dignidad humana, para el caso, el derecho a una muerte digna, sin prolongación de la agonía. En el mismo sentido, la Carta Encíclica *Evangelium vitae* (Juan Pablo II) desarrolla, para definir el concepto de la eutanasia -cuya práctica condena- y, con ello, fijar sus límites precisos, la doctrina siguiente (n. 65): "De ella debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado 'encarnizamiento terapéutico', o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podría(n) esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé como inminente e inevitable, se puede en conciencia 'renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares'. Ciertamente existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte".

VII. En estas condiciones, se debe hacer lugar al amparo y hacer saber al Hospital materno-infantil Ramón Sardá que puede practicar el alumbramiento prematuro cuando las circunstancias lo tornen aconsejable, siempre que persista la autorización paterna. Para evitar una confusión acerca de aquello que aquí se dispone el dispositivo de la sentencia debería declarar que los profesionales médicos que correspondan quedan facultados para provocar el alumbramiento prematuro del feto (vía inducción o cesárea, u otro método, según lo aconseje el estado de la ciencia), actualizando el consentimiento de los padres, conforme a las reglas respectivas de la *lex artis* y al criterio que determine el equipo terapéutico responsable.

Sin duda estoy de acuerdo con prever en el dispositivo de la decisión la posibilidad de una "objeción de conciencia" de parte del médico idóneo para practicar el tratamiento o

la operación quirúrgica necesaria, del Hospital "Ramón Sardá", dada la urgencia del caso y la advertencia acerca de la posibilidad de esa circunstancia que aclara el informe del Dr. Illia en la audiencia múltiplemente.

La Dra. Ruiz dijo:

### 1. Introducción

El recurso es procedente porque satisface los requisitos formales de admisibilidad y plantea un caso constitucional en el que está en juego la directa interpretación de normas de la CN y de la CCBA.

Mi voto es favorable a la recurrente. Anticipo que la conducta del hospital público es ilegítima y discriminatoria, que viola derechos fundamentales de la actora (el derecho a la salud y a la protección integral de la familia), que la tutela de los derechos constitucionales mencionados no menoscaba o desconoce otros derechos ni garantías, que la disposición médica a efectuar un parto prematuro o la autorización judicial para que se lo lleve a cabo no colisiona con prohibición alguna del ordenamiento positivo y que, por fin, el caso impone una resolución inmediata por el agravamiento continuado del daño que padece la recurrente.

S. T. interpone amparo por violación a sus derechos a la salud, a la integridad física, y grave perjuicio al derecho a la vida frente a la negativa del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá a acceder a su requerimiento de que se le induzca el parto o se le practique cesárea que formulara, luego de saber a las diecisiete semanas de embarazo que el feto es anencefálico.

### 2. Las normas

Los derechos invocados por la amparista están reconocidos en la CN y en tratados internacionales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (6) (arts. I y XI ), Declaración Universal de Derechos Humanos (7) (arts. 3 y 25 ), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5 inc. 1), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (8) (art. 10 inc. 2 y art. 12 ).

La CCBA (arts. 10 , 20 , 21, 22) y las leyes locales (v.g. art. 1 ley 153 [9]) los consagran y los amplían, con particular énfasis cuando se trata de mujeres, en estricta correspondencia con la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer: art. 12 , "1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

Así la CCBA dispone: "La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales... Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como

derechos humanos básicos... Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia... La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres... Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros, promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas, (...) la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad" (arts. 36 , 37 y 38).

El derecho a la salud importa el completo bienestar físico, psíquico y social de la persona. Es un hecho positivo que va mucho más allá de la ausencia de enfermedad, que comprende la prevención y la obligación a cargo de distintas instituciones del Estado, incluido el Poder Judicial.

Dice el art. 3 ley 163: "La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a) La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente".

Con este encuadre constitucional y legal he de evaluar el reclamo de la actora. Es imprescindible leer los derechos invocados a partir de categorías nuevas, deslindando su situación de otras situaciones y de viejos debates aún no resueltos. Desde esta perspectiva, reitero, que tutelar el derecho a la salud de S. T. en su integralidad y acceder a su petición, no viola normas vigentes ni afecta otros derechos.

Más aún, la ley local se adecua a lo prescripto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN.) que establece el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12).

¿Es posible que, S. T. pueda alcanzar "el más alto nivel posible de salud física y psíquica" acorde a las circunstancias en las que se encuentra, sin que se haga lugar a su petición?

La Corte Suprema de Justicia ha ratificado en recientes fallos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Corte Sup., in re, "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986" del 1/6/2000; in re "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina v. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas" del 24/10/2000).

El desarrollo de modernas tecnologías y los avances del conocimiento científico están acompañados de la aparición de problemas inimaginables hace apenas veinte años, que ponen en crisis muchas de las categorías con las que, desde el derecho, se definían la vida, la muerte, la salud y la enfermedad. El caso que nos ocupa, paradigmáticamente, nunca hubiera llegado a un Tribunal, sin "la invención de las ecografías y diagnósticos por imagen. No se puede soslayar que con anterioridad a la realización de ecografías en mujeres embarazadas, éste era un caso más de un embarazo normal, en el cual, en el



momento del alumbramiento, el niño fallecía con gran dolor de sus progenitores", como recuerda la Dra. Weinberg de Roca, en su voto en disidencia del fallo recurrido

### 3. Retrato de S. T.

"En la realidad arraigan los principios. Las más sublimes abstracciones legales, no importa cuán desprovistas aparezcan de especificidad social, nacen de la vida social (...) Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas (Mac Kinnon, Catherine A., "Crímenes de guerra, crímenes de paz", en De los derechos humanos, Stephen Shute y Susan Hurley Editores, Madrid, Trotta, 1998).

El derecho a la salud y a su preservación se vinculan estrechamente con el derecho a la dignidad, porque cualquier menoscabo a aquel derecho incide negativamente en un sujeto y en el núcleo más próximo de sus afectos y lazos sociales. De ahí que para preservar el derecho a la salud de S. T. es necesario tener en cuenta que se trata de una mujer embarazada de 35 años, casada desde 1987, con una hija de 12 años, que sabe que el feto que lleva en su vientre no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana. Y que ha recibido información verbal y escrita, en lo relativo al proceso de gestación, las patologías y la viabilidad nula del feto fuera del ámbito intrauterino, el carácter del diagnóstico, y los riesgos y pronósticos del parto.

Dice en el apartado II de la acción de amparo "el mundo pareció derrumbarse en apenas cinco minutos, todos nuestros sueños e ilusiones se desvanecieron para darle lugar al más profundo dolor que jamás hubiésemos sentido. A partir de ese instante nos encontramos siendo los protagonistas de una terrible tragedia, sin saber qué hacer con tanto sufrimiento ni cómo enfrentar a S. con esta angustiante verdad". Enterada del dictamen solicitó un parto inducido o lo que el médico estimara más adecuado para dar fin a ese embarazo "que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte".

En la audiencia convocada por la sala I de la Cámara explica que toda la familia está sufriendo "que no ha podido hablarlo con sus familiares, no puede salir de su casa porque todos le traen regalos para el bebé, le acarician la panza y se vuelve una situación difícil. Siente todo el tiempo al bebé y sabe que se va a morir. Hace diez años que estaba ilusionada con otro hijo, su hija se lo pide y por razones de bajo peso no pudo quedar embarazada. Ahora quedó embarazada y no sabe cómo seguir. No son tres meses sino todos los días. Tanto a ella como a su familia le pasan muchas cosas. No puede olvidarse de esto, está en su cuerpo, se mueve, no sabe por qué se mueve, lo siente todo el tiempo y para ella es muy doloroso lo que está pasando". En su presentación ante el Hospital Municipal del 2/11/2000 alude al profundo sufrimiento de ella, de su esposo y de su hija; afirma que acceder a su solicitud no afecta la salud pública ni al orden establecido ni a tercero alguno "sino que resulta beneficioso para mi salud y la de mi grupo familiar, permitiéndonos planificar un futuro con la hija de doce años y con los hijos por venir".

S. T. es un ser humano independiente, con una familia, una biografía y un horizonte de proyectos, anhelos y deseos, que describe el proceso de mortificación y angustia en que está sumida como "el más profundo dolor que haya sentido". La intensidad y magnitud del dolor de esa mujer, un dolor que existe y puede ser apreciado, reconocido y tenido

en cuenta al momento de resolver este amparo es un hecho evidente que trasciende cualquier clasificación jurídica. Más aún cuando, desde que se interpusiera la acción judicial, el proceso de gestación continúa y supera ya las 28 semanas, circunstancia por demás relevante para valorar y justificar la pretensión de la amparista (conf. art. 145, último párrafo, CCAyT), quien lo único que procura es un parto prematuro.

Está probado además, como se verá en el próximo apartado, que el feto tiene irreversiblemente un destino de muerte, una vez que, -del modo que sea- salga del útero materno.

#### 4. El feto anencefálico

De acuerdo a los estudios ecográficos realizados el 17 y el 23 de octubre (cuyas constancias obran a fs. 7 y 11), el feto -de entre 19 y 21 semanas de gestación- no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia). La inviabilidad del feto que la Sra. T. lleva en su vientre es irreversible y definitiva.

El Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil Sardá informa el 27/11/00 que "el feto que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina".

El Dr. Ricardo Horacio Illia (subdirector del Hospital Sardá y médico obstetra con especialidad en embarazos de alto riesgo) explicó el 27/11/2000 ante la sala I de la Cámara "que la viabilidad nula que menciona el informe de la comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas". Agregó que "no existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida en cuanto a inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses", que el "feto se mantiene a un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo (...) al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría. (...) Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. (...) La interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. (...) Se trataría de un parto inmaduro, y a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado". Y concluye calificando "a este embarazo como un accidente en lo relativo a la malformación padecida".

En la misma audiencia la Dra. Prigoshin, letrada de la actora, manifestó que cuando la Sra. T. concurrió al Hospital al principio del embarazo, se le indicó que concurriera al tercer mes, y que al efectuarse la ecografía se detectó el mal que motiva estas actuaciones. Agregó la letrada que, en "este tipo de embarazos, la malformación puede evitarse mediante la administración de ácido fólico, en distintas dosis, según el riesgo que cada caso presente", y el Dr. Illia confirmó esta afirmación.

En el caso, vistos los antecedentes reseñados que resultan de las constancias obrantes en el expediente, no hay oposición entre los derechos de la madre y el derecho a la vida del "nasciturus", toda vez que las opiniones médicas transcritas más arriba dejan en claro que la anticipación del parto, sea por inducción o por cesárea, no limitaría -bajo ningún supuesto- las posibilidades de sobrevivencia del feto.

De modo que es preciso distinguir entre una acción destinada a provocar la muerte del feto de aquella que está dirigida a anticipar el alumbramiento.

##### 5. ¿Cuál es el conflicto?

Establecido, entonces, que el feto es inviable, que la madre no persigue su muerte a través del anticipo del parto y que el nacimiento a esta altura de la gestación no incidirá en su supervivencia, no hay conflicto de derechos ni de intereses entre la madre y el feto.

Así también se resolvió en los autos "A. K., s/ acción de amparo" (Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata, n. 3, JA 6113 28/10/1998) [10]: "(...) resulta relevante destacar (...) que a la fecha no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida y de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea autorizada en la presente sentencia -conforme al fundado criterio médico- no afectaría la vida del nasciturus en el supuesto e hipotético caso -ciertamente improbable conforme a las constancias de la causa- que el mismo fuera viable. Consecuentemente tampoco habrá en definitiva conflicto actual entre los principios bioético, de autonomía, beneficencia y justicia (...) Se legitima, inclusive desde el punto de vista ético la pronta intervención médica tendiente a la inducción del parto, o a la eventual cesárea".

Desde mi perspectiva, el tema del aborto queda excluido. Me remito en este punto a la ponderada opinión del Dr. Maier, a la que adhiero y hago mía.

Tampoco es pertinente entrar en la cuestión -controvertida en el campo de la ética, de la moral, de la religión y del derecho- acerca de si un feto anencefálico es o no es persona. La solución que propicio es sustentable cualquiera sea la respuesta que se dé a ese interrogante.

La única discrepancia se presenta entre la Sra. T. y una autoridad administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá. A la actora se le exige una orden judicial para acceder a su solicitud de inducir el parto. Se trata de un acto administrativo de alcance particular que, por vulnerar directamente los derechos a la salud, de raigambre constitucional, es susceptible de ser atacado por la vía del proceso de amparo previsto en el art. 14 CCBA.

En las diversas instancias, el asesor tutelar niega la legitimidad de la petición de T. en nombre del derecho a la vida del feto anencefálico, por quien se presentó en autos. En síntesis, argumenta que hacer lugar a la solicitud de la actora implicaría una violación de los derechos (derecho a la vida) del no nacido, los cuales deberían prevalecer sobre los de la mujer en función del "interés superior del niño".

Se remite a las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (11) y a la ley 23849 por la que que aquella fuera aprobada e incorporada al art. 75 inc. 22 CN.

El "interés superior del niño" es una pauta hermenéutica que permite hacer operativas las disposiciones de la Convención. Esto es resolver, por ejemplo, si una conducta determinada (como la que pretende S. T. que le sea autorizada) colisiona o no con uno o más derechos de los que es, o podría ser titular un niño determinado.

El derecho positivo no sostiene la tesis acerca de la prevalencia automática del derecho a la vida de la persona por nacer frente a los derechos de su madre dado que la solución no es tan simple para todo caso posible, ni la aplicación de las normas jurídicas tan mecánica como parece decir el Sr. asesor tutelar (conforme con su presentación a fs. 148/155 y fs. 172/174). En un mundo que se transforma aceleradamente, el impresionante desarrollo de la biología y de la ciencia médica nos enfrenta a tomar decisiones (como padres, como médicos y como jueces) inimaginadas en otros tiempos. Muchas concepciones sobre los seres humanos, la vida y la muerte, muchos valores, y muchas creencias están en cuestión. Nuevas disciplinas, como la bioética, abren un espacio de convergencia y de debate entre distintas visiones sociales, jurídicas, psicológicas, religiosas, y éticas. y las soluciones que desde cada una de ellas pueden sugerirse.

Por fin, y aunque la situación de la hija de doce años de la actora no haya provocado actuación alguna del asesor tutelar, debo señalar que ella también requiere de protección jurisdiccional, con apoyo en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No es difícil advertir que su futuro está ya severamente afectado y que podría estarlo mucho más si se prolongara el embarazo de su madre. Aquí "el interés superior del niño" es una guía que los jueces no podemos dejar de lado y que ressignifica y amplía la necesidad de garantizar la protección integral de la familia (art. 14 bis CN., y art. 37 CCBA) y la del derecho a la salud (art. 20 CCBA).

#### 6. La dimensión del daño para una mujer

Las consideraciones precedentes dejan en claro que la sentencia que se dicta no decide sobre la vida del feto sino sobre la salud de la madre.

Voy a recordar que, para reconocer el daño ya producido en la integridad psicofísica de S. T. y el peligro permanente de su agravamiento, hay que asumir que la experiencia traumática que vive sólo puede ser vivida por una mujer.

Ser mujer es la condición sin la cual lo que le sucede no le sucedería: ser la portadora de una gestación condenada al fracaso. Se trata, entonces, de transferir la discusión del feto anencefálico a la mujer embarazada, al riesgo de su vida, de su salud, a cómo está hoy y a cómo estará, y reflexionar acerca de si podrá o no podrá, en el futuro, cumplir con los deberes y asumir las responsabilidades que tiene para sí misma, para con su familia y muy especialmente para con su hija

El Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida, de Portugal, ha dicho que (en casos como el de autos) "(...) todavía más difícil será para la madre mantener hasta el fin un embarazo sin esperanza, pasar por el traumatismo del trabajo de parto, postergar el luto, sufrir el impacto eventual de ver un hijo aparentemente perfecto pero incapaz de sobrevivir por faltarle el funcionamiento de un órgano vital. En estas circunstancias, no es éticamente correcto defender una vida sin proyecto, y que seguramente se va a extinguir, a costa de un sufrimiento materno acentuado y que podrá dejar secuelas permanentes" ("Relatório e Parecer" elaborado por José Magalhaes para la Comissao de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Fevereiro de 1997, I.2.3.A).

La figura de la mujer embarazada debe ser puesta en primer plano, y no a la sombra de un feto desprovisto de cerebro e incapaz de subsistir por sí sólo. Ante esa escena es pertinente la pregunta acerca de si el orden jurídico obliga a una mujer al sacrificio de

llevar a término esa gestación, una gestación "que (la) condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte" (son las propias palabras de la actora), que la convierte en un "fétetro ambulante" (Suplicy, Marta, Projeto de lei nº 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diário da Câmara dos Deputados 1996, junho 6:17850, Brasil).

S. T. demanda el reconocimiento de derechos que el orden jurídico consagra y que cada uno de nosotros (mujeres y hombres) desearíamos que nos fueran reconocidos en tanto sujetos morales y ciudadanos. Claro que, esta mujer grávida necesita para la efectivización de los derechos que invoca, que la consideremos en su singularidad de mujer y de embarazada de un feto inviable, que la tengamos en cuenta "(...) como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas (...)", haciendo abstracción, de lo que constituye lo común para poner el acento "(...) en las necesidades del otro, sus motivaciones, (en) qué busca y (en) cuáles son sus deseos" (Seyla Benhabib, "El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista", en Teoría feminista y teoría crítica, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1990).

Estas son las razones que me llevan a discrepar con los argumentos expuestos por el Gobierno de la Ciudad y por el asesor tutelar. S. T. no pide autorización para la realización de una acción prohibida, ni priva al feto que lleva en su vientre de ningún derecho actual o futuro. Pide, en cambio, ser reconocida como un sujeto autónomo y consciente que padece la privación de derechos de los que goza, como persona plenamente capaz que es.

El daño que afecta a la amparista está bien caracterizado en el informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales de Portugal citado más arriba, cuando dice "...un sufrimiento materno acentuado y que podrá dejar secuelas permanentes".

La actora atraviesa una situación traumática, provocada por una violencia externa, cuya aparición súbita y repentina altera el normal estado de las cosas, una herida psíquica que rompe el equilibrio que mantenía para adaptarse a sus necesidades internas y externas. Las secuelas lesivas se manifiestan en cambios emocionales, cognitivos, conductuales, sociales y aún en la predisposición a presentar patologías orgánicas, por lo que el daño es dinámico y tiene efectos inmediatos y mediatos o secundarios.

Aunque, para cada persona, la magnitud del daño dependerá de la significación que el trauma tenga para ella, en todas aparece la angustia y la imposibilidad de elaborar el duelo. "El duelo pesaroso contiene (...) la pérdida del interés por el mundo exterior -en todo lo que no recuerde al muerto-, la pérdida de la capacidad de escoger algún nuevo objeto de amor -en reemplazo se diría del llorado-, el extrañamiento respecto de cualquier trabajo productivo (...). Esta inhibición y este angostamiento del yo expresan una entrega incondicional al duelo que nada deja para otros propósitos y otros intereses. En verdad si esta conducta no nos parece patológica, ello sólo se debe a que no sabemos explicarla muy bien (...) En el duelo el mundo se ha hecho pobre y vacío" (Freud, Sigmund, "Duelo y Melancolía" en Obras Completas Tomo XIV, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1979).

Las piezas del expediente -evaluadas a la luz de las máximas de la experiencia-, constituyen un indicio vehemente del peligro o daño en curso que sufre S. T.. Hay

elementos suficientes para sostener que su salud está amenazada en forma actual y grave, que el daño psíquico que refiere es, no sólo posible, sino suficientemente probable y que el transcurso del tiempo intensifica el perjuicio. Quiero subrayar que entre la prueba producida y no objetada figura el dictamen de la Psicóloga Alicia Costa, quien asistió a la audiencia convocada por la Cámara, y que, en la misma audiencia, el Dr. Illia sostuvo que "... en orden al daño psicológico concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura".

Los hechos no discutidos en autos (embarazo, feto anencefálico con irreversibilidad de las embriopatías e imposibilidad de vida extrauterina, etc.) permiten inferir la entidad de la afectación a la salud de la actora.

Sostener la ausencia de peligro en la salud de S. T. o que no existe ya un proceso de daño psíquico sería tanto como decir que las circunstancias por las que atraviesa son las normales en un embarazo. Nadie ubicado en el lugar de la actora estaría exento de sufrimientos y dolor profundos. La actora vive una tragedia, y la tragedia tiene la particularidad de representarnos a todos.

## 7. Amparo

La causa en la que interpusiera el recurso de inconstitucionalidad es un amparo, y es importante, para lo que sigue, tener presente que la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expeditivo y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión n. 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo). Por vía del amparo se realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio propios de la función jurisdiccional, la cual, como está reconocido desde hace décadas en la doctrina y en el derecho comparado, no se agota en su dimensión represiva (vg. mandato de injeção en Brasil, y, los llamados prohibitory injunction y mandatory injunction, en el modelo del common law).

Calamandrei enseñaba ya en 1936 que, en un sistema procesal, el interés suficiente para invocar tutela jurisdiccional puede surgir antes que un derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo anuncio de una lesión como próxima o posible. En estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de tender a eliminar a posteriori el daño producido, actúa a priori ante la amenaza de la que podría derivar la lesión de un derecho, para evitar el daño (Calamandrei, Piero; Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares; El Foro, Bs. As., 1996, ps. 40 y 41).

En el juicio de amparo no se persigue el resarcimiento del daño, sino restaurar o preservar la situación en que el daño no había comenzado o en la que puede ser evitado. El daño constituye sólo una contingencia, una eventualidad, ya que el presupuesto de una tutela inhibitoria es apenas la probabilidad del ilícito, como acto contrario a derecho. (Luis Guilherme Marinoni, Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito; Revista de Derecho Procesal, n. 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe). Éste es el sentido de los arts. 43 CN. y 14 CCBA, en concordancia con el art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica (12). Según el orden constitucional (art. 43 CN., art. 14 CCBA), el amparo no es, únicamente una vía de tutela represiva. Es también, con igual fuerza, un medio de tutela jurisdiccional inhibitorio, como ya sostuve en "Sandez,

Carlos A. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expediente n. 482/00, resolución TSJ del 29/11/2000.

Por tanto, más allá de que en el caso de S. T. -conforme las constancias de autos y las máximas de la experiencia- existe daño, bastaría el mero peligro de su existencia o de incremento para otorgar la tutela inhibitoria que ella reclama a través del amparo.

#### 8. La autorización judicial

La situación en la que se encuentra colocada la accionante es ajena a cualquier conducta que pueda serle atribuida. Una desgraciada consecuencia de su deseo largamente postergado de tener otro hijo que únicamente puede resolverse a través de una sentencia judicial.

Un juez o un Tribunal tienen que decir si los derechos que alguien denuncia como afectados lo están, y a partir de allí evaluar cómo han de ser protegidos, en el marco que el derecho positivo impone.

Por las razones que he referido extensamente más arriba, la decisión exige un análisis cuidadoso, sereno, meditado y, paradójicamente, sin dilaciones. De lo contrario, se omitiría el deber de resolver, en tanto una decisión tardía, apenas es en su apariencia, una sentencia.

En ocasiones como ésta, sin embargo la posibilidad de autorizar se encuentra transferida. La actora dice expresamente en su demanda que el ejercicio de los derechos que invoca no requiere de una autorización judicial, pero acude a ella ante la negativa de los médicos interrumpir su embarazo. Entonces pide a los jueces que ordenen lo que, en estricto sentido, no requiere orden alguna. Alguien que tiene, desde hace más de dos meses, conciencia de la frustración irreparable de su deseo de ser madre, conciencia de que la ciencia médica nada puede ante la inviabilidad de un feto anencefálico, conciencia del drama familiar en que ella, su marido y su hija, se encuentran sumidos, conciencia de que sus derechos están preteridos, y que pide no prolongar el tormento que sufre. Y es al tribunal al que le compete hacer cesar su incertidumbre y garantizar sus derechos constitucionales a la salud y a la protección integral de su familia.

Por lo expuesto voto por hacer lugar al amparo interpuesto.

La Dra. Conde dijo:

I. Tal como surge del detalle del trámite del proceso y estado de la causa, ut supra expuesto, llegan estos autos a conocimiento del Tribunal para resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. S. T. contra la sentencia dictada por la sala I de la Cámara Contencioso Administrativa, que rechazara la acción de amparo planteada en autos y por la que se solicitara autorización judicial para que los médicos de la Maternidad Sardá induzcan el parto o practiquen una operación cesárea para provocar el alumbramiento de la criatura anencefálica que está gestando.

El nasciturus no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (conf. fs. 7 e historia clínica, fs. 85 vta.), por lo que su viabilidad extrauterina es nula. La amparista afirma que la continuación del embarazo en tales condiciones le produce un daño

psicológico, que se agrava a medida que continúa la gestación de un ser que ha deseado intensamente pero que, sabe, no podrá sobrevivir fuera el útero materno.

II. El caso sometido por la actora a estudio del Tribunal entraña un conflicto vinculado con las garantías de tutela de derechos constitucionales de primer orden, como los atinentes a la vida y a la salud y el conflicto ha sido claramente expuesto en el recurso, por lo que, más allá de las objeciones que puedan formularse respecto de su fundamentación, corresponde entrar en la valoración de tan delicada materia.

El Dr. Julio Maier ha expuesto en su voto, con claridad, las razones jurídicas que impiden considerar que lo discutido aquí se vincule con el delito de aborto, y a ellas me remito en este aspecto del debate.

Tampoco enfrentamos una cuestión cuyo debate pueda ser soslayado por los jueces en razón de tratarse del producto de una decisión inherente a las facultades de discrecionalidad y autonomía propias del ejercicio de la medicina; pues lo que aquí debe determinarse es si la decisión del Director de la Clínica y Maternidad Sardá, de denegar la realización de la intervención requerida por la actora resulta acorde a una adecuada interpretación del ordenamiento vigente, a la luz de las garantías establecidas por el sistema constitucional que rige en el ámbito local, tarea jurídica que debe efectuarse, ahora, en estos estrados.

III. Como ya se indicara, de los estudios presentados y que obran en autos (informe de ecografía de fs. 7; historia clínica de fs. 85/85 vta. y audiencia de fs. 59/61) surge que la criatura que gesta la actora padece anencefalia.

La anencefalia constituye un defecto neurológico de los más graves. "La anencefalia o ausencia de hemisferios cerebrales es incompatible con la vida. A veces, el cerebro ausente es sustituido por un tejido nervioso quístico malformado que puede hallarse expuesto o cubierto de piel. Partes variables del tronco cerebral y de la médula espinal pueden faltar o estar malformadas. Todo esfuerzo diagnóstico o terapéutico es inútil, y estos pacientes nacen muertos o mueren al cabo de pocos días" (Manual Merck, MSDPublicaciones, [http://www.msd.es/publicaciones/mmerck/MM\\_19\\_261.htm](http://www.msd.es/publicaciones/mmerck/MM_19_261.htm), p. 40).

La literatura médica consultada coincide en que el desenlace de esta enfermedad es, necesaria e ineludiblemente, fatal ("Anencephaly" <http://www.icndata.com/health/pedbase/files/anenceph.htm>; "Babies as organfarms", [http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/athics\\_files/Organ\\_Farms\\_article.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/athics_files/Organ_Farms_article.htm); "Things to know about caring for an anencephalic child", [http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/miscellaneous\\_files/page2.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/miscellaneous_files/page2.htm); "Infants with anencephaly as organ sources: Ethical Considerations" <http://www.aap.org/policy/04790.html> y "Management of a Pregnancy with ananencephalicbaby", [http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/medical\\_files/diamond.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/medical_files/diamond.htm)).

Ello viene a corroborar lo dicho por el subdirector de la Maternidad Sardá en la audiencia de fs. 60/62 vta., donde -con relación al nasciturus de autos- afirmara que "...al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe asistencia neonatológica, por la imposibilidad de sobrevida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa".



El Director de la maternidad solicitó un dictamen del Comité de Bioética del centro asistencial. En ese documento, firmado -entre otros sujetos- por tres profesionales médicos (un tocoginecólogo, una genetista y un jefe de diagnóstico) se señaló, de modo concluyente, que "El feto, que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina..." y, en razón de ello, de ser solicitado por la madre la interrupción del embarazo -como ocurre en autos-, no existiría objeción que formular al pedido.

Podemos, entonces, dejar establecido en el camino de nuestro razonamiento que estamos ante un caso de una criatura en gestación, que -en las actuales condiciones de avance del conocimiento científico y técnico- no tiene ninguna posibilidad de supervivencia autónoma fuera del útero materno, pues no hay tratamiento posible para una afección de tamaña entidad como la que padece.

La solicitud de interrupción del embarazo presentada al Director de la Clínica fue suscripta también por el esposo de la Sra. T., quien, junto con una hija de aproximadamente doce años de edad, integra su núcleo familiar primario. Ésta es otra circunstancia relevante, pues ninguna duda cabe en cuanto a que el conflicto que enfrentamos no limita sus efectos a la madre, sino que se extiende a toda su familia.

La actora ha superado ya la vigésimo octava semana de gestación y su petición se fundó en la necesidad de evitar un daño psíquico mayor al que padece hasta el presente como consecuencia del hecho de haber cobrado conciencia de que gesta un bebé que habrá de morir, indefectiblemente, tras el alumbramiento.

IV. Todo planteo en que se encuentren en juego valores y derechos esenciales, como la vida o la salud, resulta extremadamente dificultoso para quien ha de tomar la decisión; pero en este caso el conflicto que se plantea no se da entre la salud de la madre y la vida del niño por nacer, pues, lamentablemente, esta no está en juego, desde que su destino fatal es irreversible por la presencia de la anencefalia. Lo que enfrentamos aquí es el intento de soslayar el efecto propio de la evaluación del sistema normativo hecha por el Director y que afecta en forma directa, clara y grave el derecho de la actora; pues aún cuando pudiera entenderse que estamos ante un caso de discrecionalidad médica en la interpretación, que podría ser superado con la búsqueda de otro profesional de criterio divergente, que admitiera realizar la práctica solicitada, la naturaleza misma de la prestación requerida y de la relación de confianza que subyace en la base del vínculo médico-paciente, tornan atendible que la Sra. T. quiera que sea en el centro asistencial público donde se atiende, y no en cualquier otro lugar, donde se lleve a cabo el acto médico que solicita.

La actora ha expuesto en autos su angustia y su padecimiento espiritual y psicológico. No es necesario contar con conocimientos profundos en las ciencias de la salud para concluir que enfrenta una experiencia traumática que habrá de dejar en ella y en su familia secuelas para toda la vida; las circunstancias hablan por sí mismas *rei ipsae loquitur*. Cabe recordar que no estamos ante un proceso donde se requiera cuantificar daños, sino que se trata de un amparo y que lo que debe centrar nuestra atención es el dotar de efectividad a las garantías constitucionales vinculadas con la situación generada a partir de la denegatoria del director del centro asistencial. La posibilidad de atenuar el padecimiento ya sufrido por la familia de la Sra. T. y el riesgo de su agravamiento, en caso de mantenerse el temperamento adoptado en los

pronunciamientos dictados en autos por los magistrados de primera y segunda instancia, justifican la admisión del amparo solicitado. Tal decisión es la que mejor atiende a una adecuada tutela del derecho constitucional a la salud, entendida como situación de bienestar bio-psíquico y espiritual.

El criterio expuesto con relación a la mitigación del sufrimiento padecido por la actora y su familia se ve abonado por lo que surge del informe psicológico agregado a fs. 13/15, en el que se apreciara que "...la Sra S., su marido y su hija, como asimismo todos los miembros de la familia, se ven en la imposibilidad de elaborar el duelo que la situación requiere. Están expuestos a seguir soportando una situación altamente traumática para cada uno de ellos, produciendo las consecuencias ya descritas como daño psíquico...el daño será mayor cuanto mayor sea el tiempo de estar padeciendo el acontecer traumático...". Si bien el informe no se encuentra firmado, la psicóloga a quien se le atribuyera su redacción participó de la audiencia de fs. 59/61, en la que se debatiera la problemática psicológica generada por la situación de la accionante.

El subdirector de la Maternidad Sardá -quien es obstetra y manifiesta haber tenido pacientes con cuadros semejantes- admite que la situación "...tiene visos de tortura..." y, como se expusiera anteriormente, el Comité de Bioética del Hospital hizo saber al Director que consideraba que no existían objeciones al pedido de adelanto de parto formulado por la actora y su esposo; aún cuando claro es que, en razón de lo establecido en el art. 4 ley 24742 (13) -que regula las funciones e integración de los comités de ética hospitalarios- tal opinión no resultaba vinculante para el funcionario sanitario.

Los conocimientos alcanzados hasta el presente por la Ciencia Médica determinan claramente que la criatura que actualmente gesta la Sra. T. no tiene posibilidades de vida autónoma y tal circunstancia es la que tiñe todo el espectro de circunstancias, cuestiones, efectos e implicancias jurídicas y metajurídicas valorado para la adopción de la decisión que de este tribunal se requiere. Es claro que otra podría ser la solución si existiera alguna posibilidad de vida autónoma del nasciturus tras el alumbramiento, cualesquiera fueran las circunstancias en las que ella habría de darse. Si hubiera alguna posibilidad de supervivencia para el bebé, variaría diametralmente el eje de esta sentencia; pues la vida es el valor supremo y cualquier otro derecho debe ceder ante él. Es más, aun en el presente caso, si existiera un beneficio para el feto de continuarse el embarazo -por mínimo que éste fuera-, sería primordial su protección. Desgraciadamente, en este caso, la madurez física que pudiera alcanzar el niño por nacer de continuarse con la gestación hasta el término del embarazo, no logrará que esté en mejores condiciones para vivir, ello en atención a la falta de cerebro, padecimiento para el que no hay tratamiento y que determina una viabilidad nula. El desenlace fatal para la vida del nasciturus de autos es tan irreversible hoy como lo sería al cabo del período de gestación.

¿Por qué negar o impedir un parto anticipado en aras de la salud materna, si ello no entraña ningún perjuicio para el niño, que ya está condenado a morir y sí conlleva un beneficio para la madre y la familia? No se trata aquí de terminar una vida, sino de anticipar el nacimiento para preservar a la madre y al grupo familiar de la constante angustia que está padeciendo. El no sufrir es una forma de salud también; de la salud del alma y el médico no lo es sólo de órganos afectados, sino de un enfermo en su totalidad; de un paciente en su conformación físico-psíquica y espiritual (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos de los pacientes", en "Derechos y garantías en el siglo XXI", pág. 181; obra

dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Aída y López Cabana, Roberto, edición del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con la editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 1999).

"...Una mujer portadora de un feto anencefálico está expuesta a que los riesgos del embarazo y proceso de parto se incrementen debido a:...probabilidad importante de polihidramnios, en una relación que oscila entre el 30 y 50% según las series, con todas las complicaciones involucradas tales como: dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, mayor presencia de mal presentaciones, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, atonía uterina post parto y desprendimiento normoplacentario..." y "...Los fetos suelen ser grandes y la ausencia de cuello, sumado al pequeño tamaño de la cabeza, hacen que el tronco tienda a penetrar en el canal de parto junto con la cabeza, provocando grave distocia (de Consideraciones éticas acerca del embarazo anencefálico. Comité de ética Hospital privado de la Comunidad Mar del Plata 1997, trabajo presentado en las III Jornadas Argentinas y latinoamericanas de Bioética Huerta Grande, 1997; trabajo presentado por los integrantes de un equipo formado por filósofos, abogados, psicólogos y médicos especialistas en ginecología oncológica y genética, algunos de los cuales reconocen amplia y muy seria trayectoria en el campo de la bioética e integran, como los Dres. Zainer, Abraham y Cecchetto, el Comité Científico de la publicación "Cuadernos de Bioética" de la Editorial Ad Hoc).

V. Tres son, los principios bioéticos que deben evaluarse para la ponderación de la solución más atinada para el caso: Autonomía (consentimiento del paciente), Beneficencia-no maleficencia y Justicia.

El principio de autonomía o permiso se refiere al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y de elección, se basa en el respeto a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación (Mainetti, "El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...", J.A. 1998-IV-307). Desde el punto de vista del consentimiento, se ha verificado que la Sra. T. ha requerido el adelanto del parto desde que tomara conocimiento de la patología fatal e irreversible de la criatura, petición compartida por su esposo y lo reafirmó en la audiencia celebrada ante los jueces de la Cámara. Su deseo es consciente y manifiesto y nada en la transcripción de la audiencia ni en la evaluación psicológica hace pensar que S. T. se encuentre con su juicio alterado, siquiera por el dolor del trance que está pasando.

Desde el punto de vista del principio de beneficencia-no maleficencia, éste responde al fin primario de la medicina, se centra en promover el bien para el paciente y evitar el mal (Mainetti, ob. cit.); refleja la circunstancia de que las inquietudes morales implican la búsqueda de beneficios y la evitación de perjuicios (conf. Engelhardt, H. Tristram, "Los fundamentos de la bioética", p. 139, Ed. Piados, Barcelona, 1995). Es cierto que en el presente no hay un "bien". Cualquier resolución que se adopte dejará en la actora y su familia la huella del dolor por lo padecido, pero sí se puede evitar que ese dolor se profundice y se ahonde su pesar, debe primar la condición de la madre, dado que la situación del niño por nacer es irreversible y está destinado a una muerte segura. La beneficencia médica debe orientarse hacia la madre, no sólo en vista del padecer psicológico que atraviesa sino en atención a las consideraciones médicas en cuanto al riesgo de parto de niños anencefálicos, a las que se aludiera en el último párrafo del apartado anterior.

El principio de justicia se refiere a la igualdad en los tratamientos y a la distribución equitativa de los recursos, teniendo en cuenta el respeto a la vida y a la proporcionalidad de las actuaciones (Mainetti, ob. cit.). Muy difícil resulta tomar una decisión cuando ella implica el optar entre la salud de la actora y la vida del feto que, aunque condenado a muerte por su enfermedad vive todavía con el sostén materno.

Los principios bioéticos resultan comunes -aunque con su impronta propia- al derecho argentino. El de beneficencia se relaciona, básicamente, con la promoción del "bienestar general" a la que se alude en el Preámbulo de la Constitución Nacional y con el derecho a la preservación de la salud contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12 ), así como con la protección del usuario de los servicios de salud (art. 42 CN.); el de autonomía, con la protección de la dignidad humana, el respeto a la libertad, a la intimidad y a la privacidad y la salvaguarda de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo, comprendidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, como el rechazo a un tratamiento médico; el de no maleficencia late en numerosas normas jurídicas, como el art. 1109 CCiv. y el de justicia es propiamente jurídico (conf. Blanco, Luis Guillermo, "Notas acerca de los procedimientos de toma de decisiones éticas en la clínica médica y el derecho argentino", Cuadernos de Bioética n. 4, p. 56).

Si evaluamos una solución adecuada para el caso desde la bioética, debemos admitir el amparo requerido, pues con ello se privilegia la salud de la única persona directamente involucrada con posibilidades de sobrevivir, la madre. Si nuestra mirada contempla el panorama del sistema normativo, también esa debe ser nuestra respuesta. En efecto, adviértase que, en el plano infraconstitucional, si nos situáramos ante un caso distinto del presente como podría ser el de aborto y enfrentáramos un grave caso en el que estuviera en juego la supervivencia o la salud de la madre, por un lado, y la del bebé en gestación, por el otro, de así decidirlo aquélla, podría privilegiarse su derecho por sobre el del nasciturus, porque así lo admite la norma contenida en el art. 86 inc. 1 CPen. ¿Cómo entonces no habríamos de inclinarnos en similar sentido cuando lo que enfrentamos es un supuesto de adelanto de la fecha de parto en un caso en que la criatura no tiene posibilidad alguna de sobrevivida?

Cuando se admite la inducción del parto en supuestos de anencéfalos, no se está admitiendo una indicación eugénica de aborto con el propósito de evitar que un ser en gestación nazca con algún defecto o malformación congénita, sino que lo que se busca es evitar el nacimiento de un feto científicamente sin vida, desprovisto de cerebro e incapaz de existir por sí solo (conf. Barbosa de Deus B. Dallari S.G. "Bioética e Direito. Bioética 1993; 1: 91-5, citado por Genival Veloso de Franca en "Aborto - Breves reflexões sobre o direito de viver", en Cuadernos de Bioética n. 4, pág. 266, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. La traducción es propia).

Ya deseáramos los jueces poder adoptar decisiones que eviten que se produzcan casos como el que enfrenta la Sra. T. y su familia; pero ello es algo fuera de nuestro alcance: Dentro del marco en el que sí podemos disponer, debemos privilegiar la salud de la Sra. T. por sobre la continuidad de un embarazo que no conduce sino al desenlace fatal al que se hiciera referencia, con un incremento constante de los riesgos para su salud.

VI. El vertiginoso desarrollo de la ciencia durante los últimos tiempos, en especial en el área biomédica, nos lleva a plantearnos problemas que requieren de soluciones no sólo jurídicas, sino fundamentalmente éticas y filosóficas y ello es lógico en tanto las normas jurídicas no han podido prever estos avances técnicos. En tal sentido, es evidente que la realidad va por delante del derecho, lo que no exime al juez de fallar conforme los principios de justicia y equidad.

Existe un hilo conductor entre la bioética y el derecho, que está dado por los derechos humanos, que actúan como "puente" entre ambas disciplinas. Se debe "procurar alcanzar una mediación entre los aspectos académicos de la bioética y los problemas concretos, a menudo acuciantes, vinculados con la integridad psicofísica y la salud de las personas "aprehendidas" mediante "formas jurídicas" plasmadas finalmente en sentencias judiciales. Este proceso de mediación apunta en cada caso a la efectiva protección de la libertad, la dignidad y la salud de las personas, concebida la salud como un derecho humano fundamental, emanado de la dignidad personal y como corolario del mismo derecho a la vida" (conf. Hooft, Pedro Federico, "Bioética y Derechos Humanos", p. 97, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999).

Resulta claro que casos como el presente nos colocan frente a conflictos de valores y de derechos que no pueden ser resueltos desde la única perspectiva de la norma jurídica o de la doctrina médica. De allí la creación, dentro de los centros asistenciales, de los comités de bioética integrados por profesionales de distintas disciplinas, que cumplen la importante función de dictaminar, ordenando los valores puestos en juego.

Es así que el Juez, al fallar, no puede sino hacerse cargo de estas nuevas realidades, y arribar a "una nueva forma de juridicidad, más atenta al bienestar de la persona y de los hoy llamados derechos personalísimos..., siendo el hilo conductor para la resolución de casos concretos el reconocimiento de los derechos humanos, que a su vez remiten a la dignidad de la persona como valor fundante..." (Pedro Hooft, ob. cit., XXVI).

No obstante, estos problemas bioéticos deben encontrar su cause o correlato jurídico, pues, de no ocurrir ello así, se produciría una desconexión o un alejamiento entre las realidades del tiempo de hoy y el derecho. Algunos autores hablan ya de "bioderecho" para referirse al sistema normativo de conductas fundado en la bioética (así, Atilio Aníbal Alterini, en el prólogo de la obra "Bioderecho" , de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) y en el que se engloban preceptos por los que se intenta dar solución a temas complejos y que se integra, en el plano infraconstitucional, con la ley de transplantes de órganos, la de residuos peligrosos, la de protección del medio ambiente, entre otras.

Por vía de la valoración jurídica efectuada a la luz de los principios de la bioética es que podemos dar solución a conflictos graves como los de aquellas criaturas que nacen con sus cuerpos unidos y que comparten algunos órganos, de modo tal que la separación entraña, necesariamente, la muerte de una de ellas. Cabe recordar que la justicia británica dispuso, en septiembre de este año, separar a Jodie y Mary, dos siamesas nacidas en la ciudad de Manchester, con sacrificio de la vida de una de ellas, pues compartían el corazón y los pulmones (conf. <http://www.aabioetica.org/embr4.htm>); que en Singapur se efectuó una operación similar en el mes de noviembre, en el caso de dos siamesas nepalesas y que en el mes de septiembre fueron separadas en el Hospital Garrahan, de esta ciudad, Verónica y Soledad, dos hermanitas chaqueñas, si bien en circunstancias favorables para la sobrevivencia de ambas, pues no compartían órganos vitales nobles.

Cuando se verifica un conflicto que involucra los derechos a la salud y a la vida, ningún juez podrá decidir sin hesitación y sin tristeza en su espíritu; pero tampoco podrá, por ello, soslayar el deber de sentenciar que la sociedad, la Constitución y el ordenamiento legal le han impuesto.

La decisión a la que se arriba se entronca en una corriente jurisprudencial que, teniendo en mira el valor supremo de la vida humana, procura dar una respuesta razonable a cuestiones en extremo delicadas como la que nos ocupa en este caso. Más allá de casos extremos como los de las siamesas, en los que la decisión involucra un aspecto trágico para alguno de los sujetos involucrados, diversos son los supuestos en los que los jueces han debido transitar el camino de los principios bioéticos para arribar a una resolución jurídica de los conflictos presentados. Así, ha ocurrido en casos como el de esterilización de una incapaz interdicta (ED 176-331); de otorgamiento de una autorización para donar un riñón no obstante divorcio vincular entre donante y receptor habida cuenta del bienestar de la hija menor y los vínculos armoniosos existentes entre ellos (LL 1995-847, ED 163-973 con nota aprobatoria de Bidart Campos, JA 1975-IV-244 con nota aprobatoria de Morello); de autorización a un paciente para negarse a un tratamiento médico mutilante (ED 165-360) con nota aprobatoria de Bidart Campos); de autorización para realizar aborto terapéutico en caso de feto inviable y ligadura tubaria por riesgo en la salud de la madre (JA 1998-IV-299, con notas aprobatorias de Tinant y Mainetti); Juzgado de Primera instancia en lo Correccional N° 1 de Paraná, autorizando lisis tubaria en paciente diabética con hipertensión arterial, confirmado por el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos, Cuadernos de Bioética 2-3, Ed. Ad-Hoc, p. 196); en el fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, negando la autorización para someter al paciente a un tratamiento de amputación en contra de su voluntad (Cuadernos de Bioética N° 1, p. 171); en el sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se admitiera la objeción de conciencia de un testigo de Jehová para recibir transfusiones sanguíneas (caso Bahamondez, del 6/4/1993 (14), ED 153-254), y también en el de una sentencia de primera Instancia de Mendoza -del 28 de abril de 2000- que, en un caso similar al presente, autorizó la inducción del parto solicitada (expte. 25464/7).

El derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales de la persona. Por ello el derecho protege la salud de las personas. La salud no es sólo la ausencia de enfermedad. Este es el concepto restringido, negativo de la salud. La noción amplia es aquella que encontramos en el preámbulo de la constitución de la OMS, la que se remonta al año 1946. En este pronunciamiento el concepto de salud se nos ofrece como el completo e integral bienestar psíquico, mental y social.

Tanto el derecho a la vida como el derecho a la preservación y atención de la salud gozan no sólo de la protección constitucional sino también de la emergente de las convenciones y demás instrumentos regionales e internacionales en materia de derechos humanos, hoy con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional y de normas expresas en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires..

En el ámbito federal, si bien la Constitución carece de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias de sus disposiciones, en particular de los arts. 41 , 42, 75 inc. 19 y 23; ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, en materia de derechos implícitos (Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Ediar, 1997, t. II).

A su vez, la CCBA en sus arts. 20 a 22 garantiza el derecho de todo habitante a su salud integral y la Ciudad con una Ley Básica de Salud (ley 153 ) que garantiza el derecho a la salud desde una concepción integral, sustentándola en los principios que enuncia en el art. 3, mientras que en el art. 4 señala como derecho de todas las personas "el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural" (inc. a), y "acceso a vías de reclamo, quejas, sugerencias y propuestas habilitadas en el servicio en que se asiste y en instancias superiores (inc. m) y "ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen" (inc. n), entre otras disposiciones.

Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), arts. 3 y 8 ; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 ; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 , entre otras de los once tratados o pactos internacionales de derechos humanos a los que el art. 75 inc. 22 CN. otorga protección.

En tal sentido, la más autorizada doctrina ha puesto de manifiesto que "las normas de la Constitución no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la

Constitución con fuerza normativa (Bidart Campos, "El Derecho a la salud y al amparo", LL 1997-B-227).

También ha de tenerse presente que el derecho promueve valores más que intereses y, en el caso bajo examen, respetando la autonomía de la paciente (avalada por los informes médicos y psicológicos incorporados a la causa) es como mejor se protegen los valores humanos fundamentales que el derecho reconoce y a los cuales otorga protección jurisdiccional y que entre estos valores cabe en particular invocar la dignidad inherente a toda persona humana, la vida y su corolario, la salud (de la recurrente y de su grupo familiar), y por último el principio supremo de justicia que requiere que cada individuo goce del respeto y promoción de un ámbito de libertad que le permita "personalizarse" en orden a la realización del valor "humanidad", teniendo en cuenta que tal decisión no afecta derechos legítimos de terceros (Goldschmidt, Werner "La Ciencia de la Justicia dialéctica", Bs. As., Depalma, 1986, p. 189 y ss., Ciuro Caldani, Miguel "Notas sobre los valores jurídicos", Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1985).

Frente a estos derechos de la actora a su salud, surge evidente la pregunta de si el feto, acaso, no tiene también derecho a la vida y este derecho no está protegido por instrumentos internacionales y por la Constitución nacional y la de la Ciudad de Buenos Aires. La respuesta lógica es que sí, los tiene, como cualquier persona, pero ha de tenerse presente que en este caso no se trata de provocar su muerte -que ya está determinada por la fatalidad-, sino de inducir anticipadamente al parto para evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante, que incluso podría llegar a poner en juego su propia vida. Es de fundamental relevancia el hecho de que el nacimiento del feto es absolutamente incompatible con la vida, lo que sella la suerte del valor que debe protegerse de acuerdo con los principios bioéticos enunciados, a lo que, se agrega, el principio pro minoris, rector de todo el derecho de la minoridad y particularmente la Convención internacional de los derechos del Niño (art. 75 inc. 22) que lleva a valorar especialmente la situación de la hija de la paciente, que requiere también de protección jurisdiccional en atención a que lejos está de ser adulta y cuyo futuro se vería seriamente afectado en caso de padecer su madre un cuadro psicológico grave o, eventualmente, si se produjera su fallecimiento o desmejoramiento en su salud física.

Por las razones expuestas me pronuncio por la admisión del recurso de inconstitucionalidad planteado en autos por la Sra. S. T. y, como consecuencia de ello, por la revocación de la sentencia dictada por el tribunal "a quo". En mérito a ello, corresponde hacer lugar al amparo requerido.

El Dr. Muñoz dijo:



I. Las circunstancias de la causa están suficientemente descriptas en los votos precedentes.

II. Este caso parece estar signado por las contradicciones.

a) En primer lugar, las de naturaleza procesal. Pese a la diligencia puesta de manifiesto por las instancias intervinientes y los sujetos procesales que en ellas actuaron, desde la iniciación de la causa hasta el dictado de la sentencia de primera instancia transcurrió un mes. Este plazo aparece como extremadamente dilatado si se lo valora de cara a la urgencia que caracteriza la situación planteada y al hecho de que, en ese lapso, sólo se produjo una prueba (audiencia convocada por la Cámara a fs. 59/61).

b) En segundo término, el debate no se concretó entre la actora y el Gobierno de la Ciudad quien se limitó a producir el informe requerido dando razón, en lo esencial, a la peticionante sin contestar la demanda. En realidad, la controversia se suscitó entre la amparista y el asesor pupilar quien asumió la defensa del feto anencefálico. Como al optar válidamente por esa posibilidad no requirió que se designara otro representante para que defendiera los derechos de la hija menor de edad cuyos derechos también están en juego, la defensa de los mismos quedó exclusivamente a cargo de su progenitora.

c) En tercer lugar, las contradicciones surgen del entrecruzamiento un tanto promiscuo de opiniones jurídicas y médicas emitidas antes y durante este proceso por los profesionales en el arte de curar que en él participaron desde sus distintas funciones.

Según algunas de sus manifestaciones que transcribiré literalmente para no tergiversarlas: "Sin perjuicio de considerar las consistentes fundamentaciones éticas, morales, etc. expresadas en el peticitorio, se considera que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado, ya que nuestra legislación en este caso es muy clara en lo referido a la posibilidad por parte de los profesionales médicos de interrumpir un embarazo en curso, limitándose únicamente al llamado "aborto necesario o terapéutico", es decir el practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios menos dañosos, debiendo su práctica ser indispensable para la salud de la madre, debiéndose tener en cuenta además que esta indispensabilidad queda librada al criterio del o los profesionales intervinientes".

De estas afirmaciones se desprende que los profesionales médicos ostentan el monopolio exclusivo para determinar en qué casos la protección de la vida y la salud de la madre justifica el aborto terapéutico. Serían ellos y sólo ellos los que pueden decidir al respecto.

Sin embargo, a renglón seguido se aclara que: "no obstante lo dicho anteriormente se considera válido lo expresado por la solicitante en cuanto al daño psicológico que pueda sufrir la misma al cursar este tipo de embarazo".

De lo dicho se pueden extraer dos conclusiones: 1) que el daño psicológico afecta la salud de la peticionante y la de su familia de modo tal que la interrupción del embarazo estaría legalmente justificada; b) que no la afecta en grado suficiente para proceder al aborto terapéutico por lo cual realizarlo implicaría la comisión de un delito.

Si la conclusión fuera la primera la interrupción del embarazo o el aborto ya se podría haber efectuado sin ningún obstáculo legal. Si fuera la segunda bastaría la afirmación médica en tal sentido para que la interrupción configurara un delito.

Pero ocurre que, en los hechos, la actitud de los médicos intervinientes fue bastante más ambigua. En lugar de elegir por una u otra alternativa optaron por un camino intermedio: le indicaron a la paciente que solicitara autorización judicial para interrumpir su embarazo.

El procedimiento elegido aparece como contradictorio y sorprendente porque: o la autorización sugerida era innecesaria o, en caso contrario, se estaba instigando a la actora a pedir que se autorizara a cometer un delito.

No terminan aquí las contradicciones pero creo que las señaladas son suficientemente expresivas de las confusiones que se anudan alrededor del caso.

III. El dilema que subyace tras la situación traída a estos estrados no es, por cierto, sencillo.

Su solución exige examinar y valorar aspectos vinculados con la bioética, con los derechos constitucionales a la salud y a la vida y con el Código penal. Los votos precedentes han desarrollado exhaustivamente las cuestiones bioéticas y las del derecho a la salud y a la vida aquí involucradas con fundamentos que comparto. Detenerme en expresar mi opinión no deja de ser tentador pero resultaría sobreabundante. A ellos, pues, me remito.

Los aspectos penales fueron minuciosamente explicitados en el voto del Dr. Maier. Coincido con él en que en este caso no se debate una cuestión vinculada con el aborto sino con la figura del parto prematuro. Además, el pedido efectuado no es antojadizo ni caprichoso. Se basa en la imposibilidad de sobrevivir fuera del vientre materno del feto anencefálico y en el daño psicológico que la prolongación del embarazo provocan en la actora y en su familia. Teniendo en cuenta los inteligentes y bien fundados argumentos que allí se exponen sólo quisiera expresar que:

a) según las manifestaciones del Dr. Illia, Subdirector del Hospital Sardá, vertidas en la audiencia "la interrupción del embarazo anterior a las veinte semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de veintiséis semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y a partir de la semana veintiocho sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado".

b) en el caso no existe intención de truncar la vida del feto sino de que éste nazca. Su posterior e irremediable muerte no se producirá ni estará agravada por el parto prematuro sino por otras causas: su carácter de anencefálico y la ya anunciada falta de auxilio médico a partir del nacimiento se produzca éste ahora o después.

No dejo de valorar las probablemente justificadas cautelas adoptadas por los médicos intervinientes. Pero más allá de ellas, lo cierto es que el resultado final -seguramente no querido- de todas esas precauciones se cristaliza en una actitud a primera vista hipócrita e innecesariamente cruel. Ella fue felizmente sintetizada en el voto en minoría de la sentencia apelada cuando se concluye que el Estado obliga a la amparista a concebir en su vientre a un ser que deja de existir cuando es desconectado de la madre pero, a su vez, anuncia que no está dispuesto a conectarlo a un equipo que la reemplace.

IV. Finalmente sólo quisiera agregar que, aunque por vía de hipótesis se aceptara que estamos en presencia de un aborto terapéutico, la solución no cambiaría.

No se me escapa, por cierto, que enfocada la cuestión desde alguna de las teorías de la causalidad expuestas por la dogmática penal, en especial la teoría de la imputación objetiva, podría arribarse a una conclusión diferente a la cual he adherido.

Sin embargo, en mérito a las circunstancias del caso y a las pruebas arrojadas ello no modificaría la solución porque:

a) es cierto, y ya lo anticipé, que una práctica terapéutica abortiva no precisa autorización judicial previa. No sólo no la precisa sino que no resulta jurídicamente posible concederla, a menos que, como en la situación planteada, se traiga ante los estrados judiciales la negativa de los profesionales a practicar la medida. Que se la traiga cuestionándola por arbitraria e ilegal por poner en riesgo la salud de la peticionante. Frente a la reglamentación procesal de la oportunidad en que opera la causa de justificación -invocable por el autor luego de realizada la conducta típica- debe preferirse la viabilidad del amparo constitucional para hacer cesar la reticencia y permitir, a pedido de la madre, esa conducta. Además, no es exacto que la jurisprudencia afirme sin fisuras que las autorizaciones judiciales son, en estos casos, improcedentes.

En la actualidad los precedentes citados en la sentencia, en su enorme mayoría anteriores a la reforma constitucional de 1994, han sido superados por la propia jurisprudencia (ver entre otros "AK s/ acción de amparo" citado por Hooft, Pedro F. "Bioética y Derechos Humanos", ed. Depalma, ps. 234/245; Tercera Cámara de Mendoza in re "Doña Mónica Alejandra v. O.S.E.P. s/ acción de amparo" del 20/3/2000; Séptimo juzgado de familia de Mendoza in re "Laura Rita Martínez P. /medida tutelar - autorización" de 28/4/2000).

b) la negativa de los profesionales de la Maternidad Sardá a practicar las medidas adecuadas para interrumpir el embarazo, enmascarada bajo el pedido de una autorización judicial, resulta injustificada por las siguientes razones:

1) La Sra. T. acompañó al pedido efectuado ante las autoridades hospitalarias un informe psicológico que expresa que ya sufre un daño en su salud psíquica y que el daño será mayor cuanto mayor sea el tiempo de estar padeciendo el acontecer traumático. La Administración hospitalaria contó con varios meses para efectuar un psico-diagnóstico de la interesada que le permitiera refutar con base cierta las afirmaciones que ella presentó. Sin embargo, no lo hizo.

2) El Director del Hospital al contestar el pedido de informe que oportunamente se le requiriera, no sólo no rebatía las conclusiones del dictamen sino que reconoce la existencia de esa lesión a la salud psíquica de la actora.

3) Las declaraciones prestadas en la audiencia ante la Cámara no refutan la existencia de esa lesión. Antes bien el Dr. Illia "en orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura".

V. Cualquiera sea la calificación que se le diera a la interrupción del embarazo (parto prematuro o aborto terapéutico), la negativa del hospital a practicar el acto médico sin previa autorización judicial resulta ilegal y arbitraria. Lo primero, pues la ley no exige ese recaudo para la realización de un parto prematuro. Menos aún para la concreción de un aborto terapéutico. Lo segundo, pues resulta contradictorio con los antecedentes con que el propio hospital contaba respecto al riesgo para la salud psíquica de la peticionante.

Por tales razones, voto por:

- 1) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia apelada.
- 2) autorizar a la Dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente practicar la intervención quirúrgica necesaria debiendo informar el resultado del acto médico o las razones que impidan la interrupción del embarazo.
- 3) la autorización otorgada se extiende a los profesionales médicos del hospital o a aquellos que determine la dirección.
- 4) en caso de existir objeción de conciencia de los profesionales intervinientes deberá ser respetada disponiendo su reemplazo.
- 5) la actora deberá conocer, entender y consentir la intervención solicitada, circunstancia que se hará constar en su historia clínica.
- 6) las costas deberán ser impuestas en el orden causado.

El Dr. Casás, en disidencia, dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad articulado por la amparista contra la sentencia de la sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario que por mayoría rechazó su pretensión, en mi concepto, no satisface el requisito de adecuada fundamentación, siendo por tanto inhábil para habilitar la intervención de este estrado.

En tal sentido, la apelación extraordinaria incoada, solamente plantea su discrepancia con los considerandos que abonan los votos de los doctores Carlos F. Balbín y Esteban Centanaro, sin alcanzar a rebatir los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión. Ello así, ya que no se advierte un adecuado planteo constitucional en los agravios que se agitan, las quejas importan invocaciones genéricas al "derecho a la salud", a la "protección de la familia en su conjunto", sobre la "rigurosidad en el examen de las pruebas aportadas" en que habría incurrido la Cámara, o a la "arbitrariedad axiológica" que se adjudica al "a quo", sin que exista relación directa e inmediata de tales articulaciones con lo debatido y resuelto en el "sub examine".

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente respecto al recurso extraordinario federal -doctrina también aplicable a nuestra apelación por inconstitucionalidad- que es menester, para transitar la vía recursiva, que todos los fundamentos del fallo atacado sean rebatidos circunstanciadamente, resultando ineficaz la postulación de una determinada solución jurídica con prescindencia de los motivos que le dieran sustento, con lo cual es insustancial la reiteración dogmática de manifestaciones vertidas con anterioridad y ya atendidas, a su turno, por el sentenciante.

En las condiciones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido por el "a quo", tal cual lo propicia la Procuración General de la Ciudad, en alguna medida el asesor tutelar que vino interviniendo en la causa, y el asesor general tutelar.

2. Más allá del óbice formal al cual se alude en el numeral antecedente, si se entendiera que las particulares características del caso justifican sortear el valladar apuntado, tal circunstancia, en mi parecer, conduce, igualmente, a un resultado equivalente, esto es a confirmar la sentencia recurrida.

3. Advierto, asimismo, que habré de ceñirme a las postulaciones contenidas en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en tanto, las cuestiones de hecho y de derecho que pueden ser alcanzadas por la decisión del Tribunal "ad quem" son sólo aquellas que han sido materia expresa de agravio en su apelación por la recurrente.

4. Así entonces, el primer aspecto que debe ser definido por el Tribunal al entrar al fondo del asunto es el referente a la calificación de las pretensiones incoadas, demandando actos médicos por parte del sistema de salud de la Ciudad -inducción al embarazo o cesárea prematura-, en el contexto fáctico del caso, y sobre la base de las regulaciones constitucionales -de orden federal y local, como de las contenidas en

tratados internacionales sobre Derechos Humanos elevados a tal rango-, y legales en juego.

Al respecto, la negativa del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" a inducir el parto o, eventualmente, a efectuar una intervención quirúrgica prematura de cesárea -no a término- a la señora S. T., dio lugar a la promoción de la acción de amparo con fundamento en el "derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida" (fs. 15), presuponiendo que tal proceder resultaba arbitrario o estaba teñido de ilegitimidad manifiesta.

Sobre este punto, el núcleo conceptual de la cuestión se ciñe a resolver si la prestación médica demandada debe ser calificada como "aborto", aspecto sobre el cual me explayaré seguidamente.

5. El aborto requiere de una mujer grávida, de un feto vivo y de una interrupción prematura del embarazo que produzca la muerte del feto. Ello sentado, tengo para mí que más allá de la particular enfermedad que afecta a la criatura en gestación -carencia de calota craneana y masa encefálica, es decir anencefalia-, la anticipación del alumbramiento, ya sea por inducción al parto, ya por una intervención quirúrgica de cesárea prematura, conducirá a la inmediata muerte postnatal del feto si no naciera muerto -esto es al aborto-, en tanto esta criatura sólo tiene asegurada vida intrauterina, limitada a las próximas semanas en que todavía puede permanecer en el vientre de la madre. En consecuencia, tal acción médica se habrá de convertir de modo directo e inmediato en el antecedente causal que precipite la muerte del "nasciturus", dicho ello sin perjuicio que la causa material pueda ser reservada, a tenor de los asertos médicos, a la enfermedad que la criatura padece. Todo ello marca con nitidez la clara diferencia entre que se mate al feto "artificialmente" o muera "naturalmente", más allá de la fugaz temporalidad de la anticipación de su deceso.

No se trata entonces de predicar que todo parto prematuro, inducido o provocado, que tenga por resultado la muerte del feto, deba reputarse aborto, ya que tal calificación en la especie se debe a que tanto la madre, como los profesionales médicos que han opinado en el expediente, conocen de antemano el resultado de muerte que habrá de acontecer con su pedido o intervención en la práctica hospitalaria objeto de este amparo, en tanto el alumbramiento disparará como consecuencia la pérdida de la vida del "nasciturus".

No es que el feto según la decisión que se adopte haya de morir o vivir -en definitiva es consustancial al género humano su condición mortal, más allá de que algunos asignemos al espíritu naturaleza trascendente-, sino que la práctica médica tenga el efecto de provocar o adelantar su muerte, en una suerte de paradójica y temprana

eutanasia, mediante un proceder criminalizado por el Código Penal, excepción hecha, en lo que aquí interesa, claro está, respecto del "aborto terapéutico".

Tampoco podrá argumentarse en el "sub examine" que la práctica médica solicitada encuentra sustento legal en la previsión incorporada por el art. 23 incs. a y d ley 24193 (15), ya que la muerte cerebral se refiere a una hipótesis fáctica diversa presumiendo el desenlace para la ablación de órganos cadavéricos, mientras que en la presente causa la inducción al parto o la cesárea prematura producirán, en cambio, la anticipación de una muerte incontrastable para el feto.

6. Las constancias del expediente acreditan unívocamente la conclusión que se preanuncia en el punto anterior, y la acabada comprensión de la madre de tal hecho, ya que la petición se dirige a la "interrupción del embarazo" más allá que la anticipación de tal alumbramiento producirá en el acto médico, o con posterioridad inmediata a él, la inevitable muerte de la criatura. Así se señala que el pedido administrativo a los profesionales del Hospital era "que me realizaran un parto inducido o lo que el médico estimara como un medio más adecuado para dar fin a este embarazo que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte"; se agrega luego, que como el hospital "no accedió, me veo obligada a recurrir a esta vía solicitándole a V.S. la autorización para anticipar el parto o interrumpir el embarazo ... ante la existencia de gravísimas malformaciones en el feto que descartan su nacimiento con vida"; para continuar: "cuando a una mujer se le niega la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico se violan derechos humanos fundamentales"; finalizando al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el asesor tutelar con motivo del avocamiento de la Cámara para sustanciar el amparo, "no quiero abortar para no tener un hijo, sino para no enloquecer" (fs. 108 de una queja agregada por cuerda. En todos los casos el énfasis ha sido añadido).

Desde el punto de vista de los profesionales médicos hasta hoy intervinientes, tal apreciación se corrobora en las manifestaciones vertidas en la audiencia convocada por la Cámara de Apelaciones como medida de mejor proveer el 27 de noviembre del año en curso. Así el doctor Ricardo Horacio Illia, médico obstetra y subdirector del Hospital Sardá, al abordarse el tema para el cual fue convocado dejó constancia que el aborto es una prescripción médica que sólo se da "ante la muerte del feto o una situación de enfermedad que pudiera considerarse riesgo inminente para el feto y/o la madre"; agregando que el marco legal actual no contempla tal situación para el "sub examine" a pesar que producido el nacimiento, la viabilidad de la criatura es nula ya que "supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas", remarcando "menos de 12 horas". También sostuvo el profesional: "No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevivida entre inducir el parto ahora o esperar nueve meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto en lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y todas sus estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso, un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la



imposibilidad de sobrevivida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Existe la posibilidad de que la prolongación del embarazo cause patologías sobrevinientes como en cualquier embarazo". Más adelante, el subdirector del Hospital agregó "que la ortodoxia médica no permite una práctica como la pedida en la demanda"; no "induciría un embarazo, por no estar autorizado legalmente, si no media indicación, aún tratándose de un embarazo maduro", ya que tal proceder "puede generar su responsabilidad" por el impedimento legal, lo que permite concluir "que ningún galeno en la República tomaría tal decisión" (fs. 61. En todos los casos el destacado me pertenece).

A su vez, en la nota 2689/HMIRS/00, del 1 de diciembre de 2000, suscripta por el doctor Juan D. Argento, director interino del Hospital Sardá, agregada al informe del art. 8 ley 16986, en lo que aquí interesa, consigna: "4. Sin perjuicio de considerar las consistentes fundamentaciones éticas, morales, etc. expresadas en el petitorio, se considera que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado, ya que nuestra legislación en este caso es muy clara en lo referido a la posibilidad por parte de los profesionales médicos de interrumpir un embarazo en curso, limitándose únicamente al llamado 'aborto necesario o terapéutico', es decir el practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios menos dañosos, debiendo su práctica ser indispensable para la salud de la madre, debiéndose tener en cuenta además que esta indispensabilidad queda librada al criterio del o los profesionales intervinientes" (fs. 81. El énfasis ha sido agregado).

7. Con meridiana elocuencia el Sr. fiscal general, Dr. José Luis Mandalunis, al evacuar la vista ordenada por el Tribunal, transita el mismo desarrollo argumental, tomando en cuenta las particularidades propias del caso, en los siguientes términos:

"Dado que la vida del feto está indisolublemente condicionada a la unión física con su madre, cabe contestarse si la madre está obligada a proporcionar su cuerpo para asegurar al feto el tiempo de vida que le queda hasta el desencadenamiento natural del parto o hasta que sea necesario provocarlo para evitar un riesgo para la salud o la vida de la madre.

"Considero que sí, que frente a la disyuntiva de privilegiar los derechos de la madre o los del hijo por nacer se impone, jurídicamente, optar por los de este último y sostener que la madre está obligada a continuar su embarazo hasta su culminación".

El deber de la progenitora resulta, en efecto, del derecho a la vida que se le reconoce a toda persona, a partir del momento de su concepción (art. 75 inc. 22 CN. y art. 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). En nuestro derecho infraconstitucional se refuerza esa protección con el reconocimiento de la calidad de

persona al niño por nacer con independencia de su viabilidad (arts. 70 y 72 CCiv.) y con la penalización del aborto (arts. 85 y ss. CPen.).

"En el caso particular que se analiza sabemos que el adelantamiento del parto traerá como consecuencia necesaria la muerte del niño a las pocas horas de su nacimiento debido a su anencefalia. También hay certeza de que lo mismo ocurriría si nace a término. Entonces cabe la pregunta sobre cual es la diferencia si de todos modos un niño anencefálico nunca podría vivir más de doce horas fuera del seno materno. Opino que la distinción radica en que, de continuar el embarazo, el feto, en cuanto persona, vivirá unos meses más y, conforme al marco normativo señalado, ese tiempo de vida intrauterina está garantizado como derecho a la vida" (fs. 177/177 vta. El énfasis ha sido añadido).

8. Valga remarcar la prioridad jerárquica que siempre se ha asignado al derecho a la vida frente a otros derechos humanos receptados y protegidos en todo Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho. Así nuestro Tribunal cintero in re: "Claudia Graciela Saguir y Dib" (Fallos 302:1284 ) (16), sentencia del 6 de noviembre de 1980, tuvo en cuenta que era el "derecho a la vida" lo que estaba fundamentalmente en juego en esa causa, "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes"; criterio que, si bien sin el énfasis de calificarlo como derecho natural, se reiteró en la doctrina del Alto Tribunal en las causas: "María del Carmen Baricalla de Cisilotto v. Nación Argentina" (Fallos 310:112 ) (17), sentencia del 27 de enero de 1987, y A.186, Libro XXIV: "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo ley 16986", sentencia del 1 de junio de 2000 (Énfasis agregado).

Hace apenas dos meses, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vuelto sobre la cuestión in re: C.823, Libro XXXV "Campodónico de Bevilacqua, Ana Carina v. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", sentencia del 24 de octubre de 2000, dejando expuesto en el considerando quince:

"Que el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284 ; 310:112 ). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Fallos 316:479, votos concurrentes) -El énfasis me pertenece-.

A lo hasta aquí expuesto cabe agregar que la protección de la vida de los concebidos y no nacidos posee en nuestro ordenamiento jurídico rango constitucional a partir de la elevación a tal jerarquía, en el año 1994, de la "Convención sobre los Derechos del Niño", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de la Nación mediante la ley 23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, con reserva y declaración, conforme a su art. 2 en el sentido que, para la República Argentina, "... se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción..." (Énfasis agregado), lo cual obliga a recordar que el rango constitucional asignado a las declaraciones, convenciones, pactos y tratados sobre Derechos Humanos, conforme al art. 75 inc. 22 CN., lo ha sido "en las condiciones de su vigencia", y por ende, con sus reservas y declaraciones complementarias. A igual conclusión se arriba a partir del inc. 23 del mismo artículo constitucional, puesto que mal puede haber una prestación asistencial del niño y de la madre "desde el embarazo", sino es partiendo de idéntica premisa.

Corroborando el alcance de las disposiciones constitucionales aludidas cabe acotar que en la Convención Nacional Constituyente, celebrada en 1994, incidentalmente, al tratarse el Orden del Día n. 14, referente al dictamen de la Comisión de Redacción sobre la armonización y actualización de los artículos relativos a las atribuciones del Congreso y del Presidente de la Nación, y en particular la constitucionalización de tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se abordó el tema del aborto y del derecho a la vida de las personas por nacer. Así se escucharon fundadas exposiciones de las cuales quisiera traer a cuento una, que a pesar de provenir de una legisladora, la Sra. María A. Pitte de Landa, integrante de la bancada de un partido fundado por un general con actuación en la negra página de la historia argentina escrita por la última dictadura militar, recibió la aprobación de los concurrentes al debate, siendo interrumpida por sucesivos aplausos en tres ocasiones, los cuales también cerraron su disertación que se refirió a algunos supuestos de aborto eugenésico o teratológico, en los siguientes términos:

"Voy a compartir con ustedes ahora tres pequeñas historias de tres grandes historias. En 1880 nació en Estados Unidos Hellen Adams Keller, ciega, sorda y muda. Pudo no vivir, pero los médicos, los padres, los abuelos, la familia, los amigos y un medio ambiente positivo así se lo permitieron.

"En 1902 se doctoraba en filosofía y en ciencia. Todos sabemos que la vida es un teclado de posibilidades. A Hellen Keller le parecía vedado, pero quedó una sola tecla y ella supo hacer con ella una magnífica sinfonía que fue un canto de esperanza y de alabanza a Dios. Fue una de las más grandes escritoras norteamericanas y le pertenecen 'Historia de mi vida', 'Optimismo', 'El mundo por dentro' y 'Fuera de las tinieblas'.

"Ahora los invito a que nos traslademos a la Facultad de Medicina de París, Francia, donde había un famoso médico, Philip Leyer, alrededor de quien los alumnos se

agrupaban para escucharlo porque no sólo era una eminencia sino un pozo de ciencia y verdad. El presentó el siguiente caso para que aquéllos hicieran un diagnóstico. La historia clínica era la siguiente: Padre tuberculoso, madre con muy mala salud, tres abortos, tienen un hijo ciego, otro sordo y un tercero con serias deficiencias mentales. '¿Qué consejo médico darían?' Les preguntó. Al unísono contestaron: ¡Que aborte! Entonces Leyer se levantó y les dijo: 'Señores, acaban ustedes de matar a Beethoven'.

"-Aplausos.

"Ahora los invito a que me acompañen al presente. Ésta es una historia que he vivido de cerca. El caso es el siguiente. Madre primeriza, padre médico de gran prestigio, católicos militantes. En la primera tomografía la realidad es tremenda. El niño es anencéfalo. No necesito comentarles cuál era el futuro de ese niño.

"El médico va a visitar a un teólogo. El teólogo le dice: Déjeme hablar con su señora. Así fue, hablaron y hablaron y el resultado fue que el bebé iba a nacer. Todos sabían que la cuna que amorosamente lo esperaba no lo iba a cobijar mucho tiempo. Y el bebé nació. Se lo bautizó. ¿Pero saben con qué premisa? Arreglaron con el teólogo, con los médicos y de común acuerdo con los padres que los órganos del bebé iban a ser donados.

"El bebé nació, lo acunaron un tiempo, lo bautizaron y ese Ángel volvió a la casa del Señor. Dos bebés recibieron sus órganos. Pasó mucho tiempo. Un día en el consultorio se le presentó un matrimonio mayor con un bebé y le dijeron: 'Doctor, los padres de este niño acaban de fallecer en un accidente automovilístico. Éste es nuestro nieto. Pero es su hijo también, doctor, porque tiene los órganos del bebé que se fue al cielo el día que donó sus órganos'.

"-Aplausos..." (Convención Nacional Constituyente 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria - Continuación - 19 de agosto de 1994, ps. 4668 y 4669; Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales del Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo VI, sesiones plenarias, igual reunión y sesión plenaria, ps. 6197 y 6198, La Ley S.A., Buenos Aires, 1997).

9. Partiendo de las consideraciones precedentes el "valor vida" y el "valor salud" -como los correlativos derechos subjetivos-, se encuentran en planos jerárquicamente diferentes ante la indiscutible primacía del primero (v. Luciano Parejo Alfonso "Constitución y valores del ordenamiento", Capítulo V: "Los valores y el orden de valores en y del ordenamiento jurídico del Estado", ps. 117 y ss., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990). Ello así, la tensión entre la protección del niño con

vida solo intrauterina, y la salud de la madre, con indiscutibles padecimientos psíquicos que afectan su salud, pero que pueden ser conjurados con una adecuada contención psicológica o psiquiátrica, hasta la superación del duelo desencadenado por el infortunio (conf. declaración del Dr. Ricardo Horacio Illia, en la audiencia del 27 de noviembre próximo pasado, fs. 61), debe resolverse, al menos en este estado, en favor de la supervivencia del primero. Más aún, cuando según las constancias de la causa ponderadas por los jueces del tribunal "a quo" que han conformado la mayoría, no se advierten peligros físicos para la madre mayores a los de todo parto ante una situación que puede considerarse estable hasta el desencadenamiento natural del nacimiento (fs. 130 vta., voto del Dr. Balbín al que adhirió el Dr. Centanaro).

10. La situación de dolor, angustia y padecimiento que de seguro experimenta la madre actora en estas actuaciones -y la familia en su conjunto- me han afligido profundamente al redactar y fundar este voto, ya que resulta a menudo aparentemente desproporcionado pretender de terceros, en la sencillez de su vida cotidiana, la asunción de actitudes heroicas en nombre de la defensa de valores constitucionales cuando, frente a los mismos, pocos pueden estar seguros de poder acatar con ejemplaridad los mandatos legales o los imperativos éticos de cada quien, sobre todo si les toca en su hora atravesar una situación semejante a la que se ventila en autos.

De todos modos la vida, como derecho natural y constitucional -tutelada incluso como bien jurídico por el Libro Segundo, Título 1, Capítulo 1 del Código Penal-, es acreedora de los mayores sacrificios.

En las condiciones expresadas tampoco puede pasar inadvertido, como lo señalara nuestro Máximo Tribunal Federal en la ya citada causa: "Claudia Graciela Saguir y Dib" (Fallos 302:1284 ), que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de todo fallo, ya que son éstas uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la "ratio legis" o del espíritu de la norma. Las manifestaciones fueron vertidas, justamente, en un caso en que estaba en juego salvar una vida humana mediante el trasplante de órganos, de un hermano menor al enfermo, y no el cercenarla.

Es por ello, que habida cuenta de las circunstancias comprobadas de la causa, no corresponde al Tribunal ordenar en este estado al Hospital Sardá la realización de las prácticas médicas que se peticionan -inducción al parto o intervención quirúrgica y cesárea prematura-. De todos modos, frente a la no punibilidad del "aborto terapéutico" y que éste consiste en una operación que se ubica en una zona frontera en la cual los límites entre lo prohibido y reprochado penalmente, y lo lícito jurídica y profesionalmente, dependen de la ponderación médica criteriosa al momento mismo de

conjurar, a menudo con urgencia, un peligro para la vida o la salud de la madre, que no puede ser evitado por otros medios, corresponde hacer saber al establecimiento sanitario de la Ciudad, que tal alternativa no ha quedado absolutamente vedada, pues no es del caso judicializar "ex ante" el arte de curar mediante autorizaciones improcedentes -por estar la conducta despenalizada o prohibida- restando eficacia y burocratizando las decisiones que a menudo deben adoptarse en un quirófano.

De este modo se privilegia; de un lado, el derecho a la vida intrauterina y fugaz del feto; y de otro, se cumple una finalidad acaso docente haciendo saber al personal del Hospital Sardá que el "aborto terapéutico", practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada, con el propósito de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, ante un peligro que no puede evitarse por otros medios, no es en principio punible, en un ordenamiento jurídico como el nuestro que, armónicamente y como sistema, propende a la defensa, como valor fundamental, de la vida humana.

Atento la forma en que me pronunció en minoría, no corresponde que me expida sobre la parte resolutive de la sentencia, la que será redactada por los demás jueces del Tribunal.

Así lo voto.

En atención a los votos precedentes y por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia, resuelve:

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución apelada y, en consecuencia, admitir la acción de amparo instaurada por S. T. (DNI ...) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2. Autorizar a la Dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la Sra. S. T. El Hospital deberá informar al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario el resultado de la intervención médica dentro de las 24 horas de realizada. Si existiera alguna razón médica que impida la interrupción del parto deberá ser comunicada, dentro de las 24 hs., al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario competente, por el Director o Subdirector del Hospital o quien los reemplace legalmente.

3. La autorización otorgada para la intervención médica se extiende a los profesionales médicos del Hospital mencionado o a aquellos que determine la Dirección del Hospital o el Gobierno de la Ciudad Autónoma. La intervención autorizada se realizará conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes, con las reglas de la *lex artis*, y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico-médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria (arts. 14 bis , 19 , 33 , 43 , 75 inc. 22 y 23 CN. y conchs. CCBA).

4. Disponer que, de existir objeción de conciencia fundada de algún médico o no médico del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá", deberá ser respetada, pero es deber del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Dirección del Hospital y de su personal jerárquico disponer los reemplazos o sustituciones que correspondan de manera inmediata y con carácter urgente.

5. La actora deberá conocer, entender y consentir actualizadamente la intervención solicitada, circunstancia que se hará constar en su Historia Clínica, previo a la intervención médica dispuesta (conf. art. 21 CCBA y ley 418 ). A tal fin, el Hospital dará información y asistencia técnico-médica a la actora en forma comprensible para ella.

6. En atención al carácter urgente y a las especialísimas circunstancias del caso, según las cuales, de respetarse los plazos comunes del recurso extraordinario federal, el proceso judicial, la sentencia y la eventual decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación devendrían inútiles, el plazo para interponer recurso extraordinario contra la presente sentencia será de 24 horas a partir de su notificación. Del mismo modo, el plazo para contestar el traslado del recurso extraordinario será de 24 horas. No rige el plazo de gracia.

7. Notificar esta sentencia en el día, con habilitación de hora y día inhábil y con carácter urgente a las partes, al fiscal general y al asesor tutelar general.

8. Habilitar hora inhábil hasta las veinte (20) horas para este Tribunal Superior de Justicia los días Miércoles, Jueves y Viernes hasta que la sentencia quede consentida o, en su caso, el expediente sea elevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación o remitido al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario

9. Hacer saber que el teléfono del conmutador donde tiene sede el Juzgado competente para la ejecución de la sentencia es 4339-2900 y su dirección es Av. de Mayo 757/61

10. Imponer las costas por su orden, en atención a la complejidad y naturaleza de la cuestión, y al hecho de que el Gobierno de la Ciudad se limitó a presentar el informe del art. 8 ley 16986, sin contestar demanda (art. 62, segundo párrafo, CCAyT). Conde, Muñoz, Maier, Ruiz y Casás.

OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA NACIÓN.- Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hizo lugar al recurso de amparo interpuesto por S. T., el asesor general de incapaces, interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

Persigue el recurso de amparo que las autoridades del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá", autoricen a efectuar a la actora las prácticas médicas necesarias para poner fin a su embarazo, ya que según sus manifestaciones, su prosecución le significaría un tormento, afectando su salud mental. Ello debido a que el feto no posee calota craneana ni desarrollo de la masa encefálica, careciendo de posibilidades de vida extrauterina, o en su caso, de que ésta se pueda extender por más de doce horas.

I. La magistrada a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N. 7, rechazó el amparo interpuesto, disposición que fuera confirmada por la Cámara de Apelaciones del fuero.

La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, que previa vista a la asesoría tutelar y al fiscal, hizo lugar al recurso, revocó la sentencia y autorizó a la dirección de la maternidad "Sardá" para que induzca el parto o eventualmente practique la intervención quirúrgica de cesárea a S. T.

En la sentencia, por el voto de la mayoría, luego de soslayar los requisitos formales propios del recurso de inconstitucionalidad, en virtud de las características del tema en decisión, se descartan los elementos típicos del delito de aborto, para el caso de efectuarse la práctica requerida, toda vez que la acción médica no presupondría ni se dirigiría a la muerte del feto, sino que ésta se produciría inevitablemente por sus propias condiciones de inviabilidad. Por ello se tacha de estéril la discusión suscitada en las instancias anteriores en torno a la existencia o no de condiciones válidas para efectuar un aborto justificado.



En segundo término, el fallo pone en duda la "condición de humanidad" del nasciturus con anencefalia, por lo cual faltaría otro de los requisitos para agotar el tipo penal de aborto.

Respecto de la deficiencia del feto, con abundante cita de doctrina médica y basándose en las manifestaciones de los médicos intervinientes, destaca que el niño no tendrá ninguna posibilidad de vida autónoma -que además sólo sería vegetativa- fuera del vientre materno y su alumbramiento necesariamente le acarreará la muerte en el término de pocas horas.

Entiende que el concepto de salud comprende además del perjuicio físico visible o destacable, también aquellos daños psíquicos -u orgánicos no percibibles- y, los que pudieran afectar a la madre y a su entorno familiar.

Afirma que la colisión entre los derechos en juego, se da entre una vida indefectiblemente destinada a cesar y el daño que pueda sufrir la madre. En este sentido la provocación del parto no traerá como consecuencia un agravamiento en el riesgo para la salud del feto, sino que su muerte ocurrirá necesariamente, ya sea que se espere el tiempo normal del embarazo o se adelante su gestación.

En base a la doctrina que se denomina "autodeterminación procreativa", es decir, la capacidad de decisión sin injerencias extrañas que tienen los procreadores en ciertas circunstancias del embarazo, que se haya dentro del ámbito de privacidad de las personas, estimó que la decisión del hospital era ilegítima, por cuanto exigió una condición previa -la autorización judicial- que no correspondía. Añadió, en este sentido que esa prerrogativa encuentra amparo en las normas constitucionales argentinas.

Hace referencia también al sufrimiento de la madre, porque una vez establecido que el feto es inviable, ello no busca con su acción provocar su muerte, ya que el nacimiento prematuro no incidirá en su posibilidad nula de supervivencia, motivo por el cual no existirían conflictos de derechos entre ambos.

El único derecho a considerar según esta opinión, es el derecho a la salud del que habría sido desprovista la madre en virtud de la negativa de los directivos del hospital, sin que ello implique un desconocimiento o una denegación de los derechos del niño. En este sentido, lo solicitado por la amparista, contribuiría a atenuar su padecimiento y el de su familia y a mitigarlo en el futuro. Argumento sostenido con profusas citas relativas a la protección de los derechos de la mujer.

Por último, se destacó la opinión de los médicos que, si bien se negaron a inducir el parto por considerar esta acción antijurídica, afirmaron sin más que una vez nacido no se le prestaría al niño asistencia neonatológica.

II. El asesor general de incapaces al interponer recurso extraordinario federal, luego de expresarse respecto de la existencia de los requisitos de admisibilidad formal de la vía intentada, sostiene que el superior tribunal porteño, al sustentar su posición, flexibiliza en extremo la estructura normativa vigente, para así prestar autorización a "la inducción de un parto prematuro" cuando en rigor de verdad, se autoriza la práctica de un aborto encubierto.

Indicó, con sustento en la Convención de Derechos del Niño (ley 23849 ), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23054 ) y la legislación nacional, en cuanto establecen la condición de persona desde el momento de la concepción, que debe prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer, ya que y conforme se advierte de las constancias de autos, no corre peligro la vida de la madre; preguntándose entonces, por qué decidió el órgano jurisdiccional la muerte anticipada de su representado.

Arguyó, en respuesta a los fundamentos de la sentencia, que el derecho al resguardo integral de la familia plasmado por el art. 14 bis CN., no define un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de cada uno de sus componentes, y en consecuencia, al no privar un interés sobre otro, la protección de la vida del por nacer representaría un resguardo más acabado de la familia en su conjunto.

Ante la confrontación entre el derecho de la salud de la madre y el derecho a la vida del niño, debe prevalecer este último, habida cuenta que existen otras soluciones terapéuticas para preservar la salud psíquica de la madre. Nada permitiría legitimar la muerte de una persona el favor de cuidar la salud mental de otra.

Alega que la protección de la vida de la persona por nacer desde el momento de la concepción, se integra con el reconocimiento de su dignidad, con la consecuente prerrogativa de no ser discriminado, por no nacido o por enfermo.

III. A fs. 340/344, opina el representante del ministerio público de la defensa ante el Tribunal, indicando ante todo, una grave deficiencia que sobrelleva el pleito, cual es la ausencia de un curador ad litem que tutele los intereses del nasciturus, indudablemente contrapuestos a los de sus progenitores, para luego desarrollar acabadamente sus

argumentos dirigidos a la admisión del recurso extraordinario y la revocación de la sentencia que admite la interrupción del embarazo.

IV. Estimo que la gravedad de los hechos en estudio, en los que se ven afectados derechos de raigambre constitucional y la premura que requiere su solución para no tornarlos ilusorios, aconsejan la habilitación del receso judicial tal como lo solicitaran la amparista y el recurrente (fs. 339 y 345 -s/f-).

Por otra parte, considero que las cuestiones a debatir constituyen caso federal suficiente, por apartarse la sentencia de los antecedentes normativos y jurisprudenciales que, sobre el tema, invoca; incurriendo en este sentido en una flagrante violación de derechos fundamentales.

De todas formas, el Tribunal ha reconocido que en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectiva vigencia depende una adecuada convivencia social, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tal elevada función (Fallos 257:132 [18]; 260:114 [19]; 295:376 [20] y 879 [21]; 298:732; 300:1102 , entre otros).

Circunstancias que, a no dudarlo y según mi modo de ver, concurren en la especie.

V. Normas de carácter interno e instrumentos internacionales a los que la República ha adherido u otorgado rango constitucional, prescriben la existencia jurídica de la persona desde el momento mismo de su concepción.

Los arts. 63 , 70 y 264 CCiv. establecen que la tutela de las personas como sujetos capaces de adquirir derechos, comienza desde la concepción en el seno materno.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4.1).

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 1 ) reconoce el "derecho intrínseco a la vida" que tiene todo niño concepto que en la Argentina es sancionado por la ley 23849 .

Y en el Preámbulo de la Convención se destaca que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Por otra parte, en nuestro derecho positivo, ya fuere su fuente interna o internacional, también se tutela a la persona, y al niño en particular -entendido siempre con el criterio amplio del Preámbulo de la Convención- contra cualquier tipo de discriminación que en su perjuicio se pudiere ejercer.

Así, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre establece que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna" (arts. 1 y 2), precepto contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (arts. 1, 2.1 y 3).

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que: "Los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella ... sin discriminación alguna ... de raza, color, ... nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1.1).

Reproducción de disposiciones legales que no considero ociosa, no sólo porque en torno a ellas se desarrolla la argumentación del recurrente sino, y principalmente, porque en los votos de la mayoría se niega la pertinencia de estas citas, ya sea -según afirman- porque el eje de la cuestión no transita por la discusión relativa al delito de aborto, ya fuere porque no existe "persona" cuyos derechos se deban tutelar -por la ausencia de rasgos humanos en el nasciturus-, o simplemente porque al carecer el niño de viabilidad extrauterina, no se puede considerar que exista vida.

Hecha esta salvedad, cabe volver a las premisas normativas que estableciendo la existencia de la persona desde el momento mismo de su concepción, determinan la condición de humanidad del nasciturus como sujeto merecedor de la tutela de sus derechos mediante los más altos resguardos.

Sentado ello, no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la Convención que tutela sus derechos- o inclusive toda persona -en el sentido que le asignan los otros instrumentos internacionales transcritos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción.

De una forma tan completa y acabada que no se permita desvirtuarlas.

Así lo consigna la Convención de los Derechos del Niño. En su artículo tercero establece expresamente que el interés del niño debe privar sobre toda otra consideración, imponiendo a toda institución pública o privada que en los asuntos concernientes a ellos deben guardar en forma primordial el interés superior del niño.

Omisión de la sentencia, cuya verdadera magnitud descalificante como construcción jurídica válida se torna nítida, en cuanto se advierte que el Tribunal, sin desmayar jamás en otra interpretación, ha establecido que "la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte" (Fallos 322:2701 ).

Objetivo de resguardo que, reitero, se encuentra presente en forma permanente y pacífica cuando V.E. aborda el tema, conforme surge, por ejemplo y entre muchos otros, de Fallos 320:1291 (22) y 322:328 "la Corte tiene establecido que debe privar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN.)".

Tesitura que esta Procuración General ha compartido y en algunos casos, sustentado, reafirmando la prevalencia del interés superior del niño por sobre toda otra consideración en los Fallos 318:1269 (23); 322:1349, 2701; 323:91 , 376 , 379 y 854 y Competencias n. 851. XXXV resuelta el 7 de marzo de 2000; n. 827.XXXV resuelta el 4 de abril de 2000; n. 1.XXXVI resuelta el 22 de abril de 2000; n. 363.XXXVI resuelta el 2 de agosto de 2000; 854.XXXVI resuelta el 24 de agosto de 2000; n. 780.XXXVI resuelta el 5 de septiembre de 2000; n. 835.XXXVI resuelta el 14 de septiembre de 2000; n. 930.XXXVI resuelta el 10 de octubre de 2000 y n. 1140.XXXVI resuelta el 24 de octubre de 2000.

De tal forma y a mi modo de ver, el derecho que nos rige no tan sólo es claro en cuanto extiende su protección a la vida y a los derechos de la persona desde el momento de su concepción en el seno materno hasta la muerte, sino que en su estadio prenatal, y luego durante su niñez y juventud -período en que se lo considera niño- debe atenderse en forma privativa a su interés.

El derecho del niño a la vida, no se adscribe a una entelequia ("...desde la concepción...") sino que responde -y debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta y dinámica. Es que la vida, para ser eficazmente defendida por tan sabias instituciones, no puede ser interpretada a través de cortes sagitales que la estratifican. La vida, dentro de nuestra magnitud humana -gigantesca dentro de su pequeñez-, es, por el contrario, una sucesión de instantes, que conformarán o no, segundos, días, años o, en fin, décadas. Por eso, para cada uno de nosotros, la vida es cada instante, cada segundo, cada día..., y todos igualmente valiosos porque cada uno de esos momentos contiene en su íntegra plenitud ese concepto: vida.

Es por ello que su tutela legal, para ser real y efectiva, debe llegar también, a cada año de vida, a cada día de vida, a cada segundo de vida, a cada instante de vida...

Y como el individuo vive ya, como persona, en su vida intrauterina, también cabe extender, a cada instante de esa vida prenatal, la preferente protección legal a que me refiero.

Porque, siempre según mi modo de ver, es claro también, que esa protección se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aún. Así lo establece el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando explica que el niño requiere una especial tutela, "por su falta de madurez física y mental".

De tal forma, que en nada afecta a la plena vigencia de sus derechos la alegada "inviabilidad" del nasciturus, ya que su sola condición de niño, sin importar cuál fuere la extensión de su vida extrauterina, lo hace merecedor de esas protecciones. Ellas deben estar presentes, so pena de incumplirlas, en cada uno de sus breves, y quizá únicos, instantes de vida luego de nacer.

Por ello la doctrina del Tribunal de Fallos 302:1284 (considerando 8º), afirma que este derecho fundamental -el de la vida- es innegable a toda persona sobre la base de criterios relativos a su "viabilidad", ni aun cuando los pronósticos médicos prevean una vida efímera, ya que esa circunstancia no la hace de por sí inmerecedora de protección; no obstante ello, no puedo dejar de contemplar que la decisión de los padres de procrear

un hijo, representa asumir una gran responsabilidad, que si bien se sitúa originariamente frente a perspectivas felices, encierra, como toda decisión humana, infaustos, que pueden o no acaecer.

Y esta última reflexión sirve de hincapié respecto de otra de las afirmaciones de la sentencia en crisis, en cuanto confronta el derecho a la vida del por nacer y el de la integridad psico-física de su madre.

En Fallos 302:1284 , V.E. caracterizó el derecho a la integridad corporal como un derecho de igual naturaleza a la vida, pero secundario respecto de ésta. Y en la colisión entre ambos optó por la vida, como primordial, por entender que estas garantías tienen una jerarquía de preeminencia que, cuando se ven enfrentadas, se deben hacer compatibles. Así lo ha hecho el Tribunal en innumerables oportunidades, como por ejemplo, en Fallos 306:1892 (24).

Sentado lo expuesto, y considerando que en este caso podría existir una confrontación entre dos derechos constitucionalmente protegidos, estimo que resulta de aplicación la doctrina invocada, salvando las diferencias fácticas, ya que están igualmente en juego, por un lado el derecho a la vida (del por nacer y del receptor del órgano), y por otro lado el derecho a la integridad (de la madre y de la donante).

En conclusión y toda vez que el Tribunal optó por el derecho preeminente, lo mismo cabe decidir, en mi opinión, si el daño alegado por la actora fuera posible de subsanar por otros medios que no requieren vulnerar las garantías del menor que, como se dijo, deben prevalecer.

Aún desde posiciones que pueden aparecer como más extremas que la esbozada en el fallo recurrido, se efectúan interpretaciones que preservan el máximo valor humano, y ello desde culturas y tradiciones tal vez disímiles a la nuestra. Así, a partir de "Roe v. Wade", 410 US 113, continuando en "Doe v. Bolton", 410 US 179 y sus consecuentes "Conneticut v. Menillo", 423 US 9; "City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health", 462 US 416; "Planned Parenthood Association of Kansas City, Mo. v. Ashcroft", 462 US 476; "Simopoulos v. Virginia", 462 US 506; "Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologist", 476 US 474; "Mazurek v. Armstrong", 117 S Ct. 1865; el máximo tribunal norteamericano encontró como ineludible, en todo caso, la aquiescencia o consejo médico, o si se quiere el asesoramiento técnico, para admitir la interrupción del embarazo.

Precisamente, el Dr. Ricardo Illia, ha manifestado su falta de conformidad con toda práctica anticipada al parto normal, pero solamente por entender que no sería acorde a

las previsiones legales, al margen de sus otras opiniones personales, así véase, al respecto, el acta labrada en ocasión de la audiencia que celebrara la Cámara Contenciosa Administrativa y Tributaria, en cuanto el doctor manifiesta: "...desde el ejercicio de la medicina no puede adoptar esa decisión en virtud del marco legal". En cuanto a la situación en particular el propio facultativo señala: "...en orden al daño psicológico concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura..." (fs. 61).

Finalmente, debo asumir posición dando respuesta al tema que considero más delicado entre los que son traídos a decisión del Tribunal.

Esto es, tachar de fenómeno al hijo que engendra la amparista S. T., negándole de tal forma su humanidad y con ello los derechos inherentes a toda persona.

Indudablemente, la deficiencia de que adolece el nasciturus se encuentra entre aquellas que son extremas y que por cierto impiden su viabilidad.

Es indudable, que establecer categorías de humanidad, podría conducir hacia el más peligroso sendero discriminatorio, porque sin duda, la más temible de las discriminaciones (peor aún que la racial, religiosa, sexual o política) es aquella en que se permite afirmar o negar al hombre, su propia condición de hombre. Adviértase, que tan difuso es el estrecho límite que se transita cuando se pretende decidir la humanidad de un individuo, que en la misma sentencia en crisis, luego de afirmar innumerables veces que el feto descerebrado carece de las características básicas del humano, se reconoce que el niño por nacer cumple con algunas actividades cerebrales, toda vez que vive a merced de funciones vitales imposibles de concebir sin algún atisbo cerebral (punto II, 2; fs. 186).

Es por ello que me pronuncio por la defensa de la vida de quien presenta signos de humanidad, aunque fueren mínimos, porque no puedo dejar de contemplar que ante nosotros se encuentra un ser que, además de cumplir con funciones vitales básicas, podría en alguna medida sentir, aunque fuere, dolor; sensación que lo ubica a nuestro lado, junto a nosotros, como congénere.

VI. Dicho esto, cabe insistir sobre la necesidad de que cualquier decisión administrativa o judicial no pueda significar un debilitamiento de la vigencia normativa del derecho a la vida, incluso desde la misma concepción. Posiblemente la vigencia absoluta de este derecho sea el vértice desde el cual colocar el prisma para observar todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos.



Ello, sin embargo, no debe ser entendido, de ningún modo, como una exigencia estatal de que la protección del derecho a la vida se ejecute siempre a través del sistema jurídico penal. Las diferentes instancias estatales y la propia legislativa deben evaluar, en el marco de todos los sistemas de control formal e informal, punitivos y no punitivos, cuál es el que ofrece mayores niveles de protección del derecho a la vida.

Es por eso que, en lo que respecta a la regulación del ilícito de aborto o interrupción artificial del proceso de gestación, las diferentes legislaciones nacionales en todo el mundo han tenido la libertad de regular el conflicto sin perjuicio de la vigencia indiscutida en los pactos internacionales de protección de los derechos humanos desde el mismo iluminismo de ese derecho fundamental.

Ello explica que incluso para la regulación de las diferentes eximentes (más allá de la correspondiente ubicación sistemática en el sistema del hecho punible), los países, por ejemplo europeos, han utilizado el sistema del plazo o de las indicaciones, de acuerdo a propias evaluaciones político criminales (ver, por ejemplo, "La reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española", Silvina Bacigalupo/Helmut Gropengiesser, Buenos Aires, 1999).

La cuestión ha sido siempre compleja teniendo en cuenta que se trata de una combinación de dificultosa medición en la que intervienen bienes e intereses jurídicos de diversa índole y puestos en crisis con diversa intensidad, como la vida del feto, la integridad física de la mujer, y su propia autodeterminación, etc., etc.

El caso sometido a examen en esta instancia adquiere diferentes matices si se considera o no que se configura el supuesto del art. 85 CPen.

Si así fuera, el paso inmediato posterior debería ocuparse de comprobar la posibilidad de que se den los presupuestos objetivos de alguna de las justificantes previstas en la propia regulación del Código Penal Argentino.

Teniendo en cuenta los extremos más arriba reseñados, el caso sub-examine podría ser uno de los que en el derecho comparado se denominan como "indicación eugenésica". Es decir supuestos en los cuales no es punible, como lo establece el artículo 417 bis del Código Penal Español (Texto anterior, pero normativa vigente por imperio de la disposición derogatoria única 1. a CPen.): "el aborto practicado por un médico, y bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras

semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto".

Como afirma Muñoz Conde, "las razones que avalan esta indicación son más discutibles que las anteriores -el autor español se refiere a otras indicaciones del Código Penal Español-. Evidentemente no pueden fundarse en las dificultades sociales que este tipo de seres pueden tener si nacen, sino en la propia situación excepcional en que se encuentra una embarazada que sabe que puede tener un hijo, antes deseado, en esas condiciones, lo que excede de lo que es normalmente exigible". Precepto en total consonancia con una tendencia despenalizadora que se advierte en Europa continental dentro de la cual cabe citar como ejemplo a la Ley Alemana de Asistencia a la Embarazada y a la Familia (SFBG) del 27 de julio de 1992, ley que tomó como lema de instalación normativa el siguiente: "ayuda en lugar de pena" (Hilfe statt Strafe).

Claro que, en la legislación nacional, tal indicación no se encuentra prevista. Y aunque lo estuviera, posiblemente tampoco sería aplicable teniendo en cuenta la exigencia temporal exigida en la eximente y no es posible entonces el aborto eugenésico porque no lo autoriza la ley penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta otras características del episodio analizado y las propias manifestaciones de quien acude al sistema de justicia solicitando la autorización más arriba mencionada, el supuesto de hecho podría estar encuadrado dentro de lo que se denomina como "aborto terapéutico". Eximente ésta sí prevista en la legislación nacional y regulada en el artículo 86 inciso 1, que autoriza (posiblemente mediante una justificación en el nivel sistemático de la antijuridicidad) la realización del aborto cuando es ejecutado por un médico diplomado, mediando el consentimiento de la mujer embarazada y encontrándose vigente la finalidad de interrumpir el proceso de gestación para evitar un grave peligro para la vida o salud de la madre, si es que el peligro no puede ser evitado por otros medios.

En el caso, según puede verse se corre el peligro, según se afirma, de una lesión a la integridad mental de la madre, teniendo en cuenta que de no producir la interrupción del proceso de gestación se estaría obligando a la mujer a continuar con un embarazo indefectiblemente destinado al fracaso.

Más allá, por supuesto, que algunos de los elementos de la eximente sean tenidos en cuenta para la solución de este caso, tomando en consideración que toda causa de justificación es la solución más racional a un conflicto de valores insolucionable por otra vía y que otorga una buena tendencia ética y político-criminal, en el caso aquí

analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto, no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto -art. 85 CPen.-.

Como ya se ha afirmado en otras instancias, aquí no se trata de dirigir la interrupción, como lo exige el tipo subjetivo del art. 85 CPen., a la muerte del feto.

El caso ofrece como dato lamentable del conflicto una situación de riesgo para el producto de la gestación que implica la segura muerte en momentos inmediatos posteriores al parto, por lo cual mal podría estar incluido en el dolo como conocimiento y voluntad la producción de un suceso fáctico que de modo natural ya está incluido dentro del universo de las causalidades inevitables.

Se trata sólo de un caso en el cual a la capacidad limitada del ser humano desde el punto de vista fáctico y la mucho más reducida aptitud del jurista desde el punto de vista normativo, sólo les queda reservado un rol deslucido en la administración -ni siquiera evitación- de los riesgos en juego.

En este sentido, ante el altísimo porcentaje de riesgo en el feto, sólo se debe reducir al máximo el riesgo de lesión a la integridad física de la madre. Todo aborto, definido como ilícito penal, requiere la incorporación del riesgo de muerte por un agente que se coloca como autor o como partícipe del hecho, es por ello que, en este caso no es posible inferir que se trate de un caso subsumible en el art. 85 CPen.: de producirse la muerte del producto de la gestación la totalidad del riesgo que desemboca en el curso lesivo provendrá de causas naturales ajenas al propio adelantamiento, o, por lo menos, el grado de lo todavía no definible para la vida del feto es tan ínfimo que no podría explicar ser atribuido a ninguna persona.

Para decirlo en términos dogmáticos: frente a un resultado que de todos modos se producirá, pierden sentido el tipo subjetivo que perfecciona la tipicidad e incluso la totalidad de la imputación objetiva ya que deja de tener explicación el curso lesivo. Para decirlo en términos absolutamente claros: no se trata de un supuesto de aborto.

Todo ello permea de racionalidad, ética y jurídica, a la solicitud de la madre y legitima la autorización judicial para el adelantamiento del parto.

Sin perjuicio de todo ello, cobra sentido la previsión de la posibilidad de que quien sea el médico diplomado ejecutor del acto tenga la posibilidad fáctica y jurídica, con todas

sus consecuencias normativas en los diversos ámbitos, de acudir a una "objección de conciencia", teniendo en cuenta el grado de sensibilidad que puede provocar el acto autorizado.

VII. Por todo lo expuesto, opino que corresponde no hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. Nicolás E. Becerra.

Buenos Aires, 11 de enero de 2001.- Considerando: 1. Que contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, al revocar la de la cámara de apelaciones, admitió la acción de amparo incoada, interpuso el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el recurso extraordinario que fue concedido en fs. 269/270. El defensor oficial se expidió en fs. 340/344 y el procurador general de la Nación lo hizo en fs. 348/358.

2. Que el recurso extraordinario es formalmente procedente, por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts. 14 , 14 bis, 18 , 19, 33 , 75 inc. 22 CN. y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ley 23849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas.

3. Que el a quo autorizó a la dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la amparista, quien se halla en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye -según informes médicos evaluados por la Corte local- su viabilidad extrauterina. La sentencia recurrida impone al hospital la obligación de informar el resultado de la intervención médica dentro de las 24 horas de realizada y exige que sea llevada a cabo "conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes con las reglas de la lex artis y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria...".

4. Que cabe señalar, en primer término, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el del embarazo de la actora. El transcurso íntegro de ese período vital tornaría inoficioso un pronunciamiento de este Tribunal, a la vez que sería susceptible de concretar el daño actual o inminente en que se sustenta esta acción de amparo. Esas circunstancias

imponen al Tribunal la adopción de una decisión con la máxima urgencia, máxime frente a la comprobación de que cuestiones de competencia han provocado dilaciones incompatibles con el inevitable término del proceso de gestación de un ser humano.

Esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegaban al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el curso natural de ese proceso. Ante esa evidencia, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía su pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro ("Roe v. Wade", 410 U.S. 113 - 1973).

5. Que esta Corte ha asumido la imperiosa necesidad de pronunciar su decisión tempestivamente al habilitar la feria judicial para dar oportuna respuesta a la petición sub examine. Ello, porque en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible, que indefectiblemente concluirá con el alumbramiento del nasciturus, a diferencia de lo acontecido en la causa "Bahamondez" (Fallos 316:479 ), en la que cuando se dictó el pronunciamiento se hallaba superada la crisis, dentro del cuadro clínico que había suscitado el conflicto.

6. Que resulta necesario definir la cuestión a resolver, para examinar la suerte de los agravios invocados en el recurso extraordinario.

Coincide esta Corte con el a quo en que, en las actuales circunstancias, la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad.

En efecto, resulta evidente que no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla. No deja lugar a dudas la expresa indicación que en tal sentido consta en la sentencia (punto tercero de su parte resolutive), en cuanto exige ajustarse a las reglas del arte de la medicina "con el mayor respeto hacia la vida embrionaria".

No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como "prematuro", pero no ya como "inmaduro" (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la

muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efectos declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivir, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues "al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá subsistir con autonomía", de modo que diagnostica "el fallecimiento indefectible".

7. Que, en el marco descripto, cabe examinar el agravio deducido en favor del nasciturus, que, en las palabras de su representante legal, sintetiza dramáticamente la situación: "...se advierte con claridad que no corre peligro la vida de la madre, y que durante su situación intrauterina, tampoco lo corre mi representado. ¿Entonces por qué decidió el órgano jurisdiccional su muerte anticipada?".

En idéntico sentido se ha expresado el señor Defensor Oficial subrogante ante esta Corte, al mantener el recurso federal.

8. Que, por penoso que ello sea, es menester admitir que los diagnósticos médicos no prevén posibilidades de supervivencia extrauterina. Y resulta innegable que el alumbramiento debe producirse en forma necesaria, inevitable y -al presente- dentro de muy breve tiempo.

Así, el valor defendido por el recurrente, aunque no puede ser medido -ninguna vida humana es mensurable-, se define como una supervivencia intrauterina durante escasos días, frente a una muerte inmediata después del parto, científicamente considerada inevitable.

Resta examinar si, en esa situación, adelantar el nacimiento adelanta realmente la muerte del defendido.

9. Que, según los informes obrantes en la causa, adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestación, no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus. Es que su eventual fallecimiento no sería consecuencia del hecho normal de su nacimiento, sino de la gravísima patología que lo afecta. Es de la naturaleza de este mal que exteriorice su máxima dimensión en la separación del feto de su madre, pues el abandono del seno materno es, precisamente, la circunstancia que revela su ineptitud para la vida autónoma.

No cabe suponer que la preservación de la vida imponga la postergación artificiosa del nacimiento, para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina. Aún esa postergación -de ser factible- llegaría inevitablemente a un fin, pues terminado el ciclo natural, el niño debe ser expulsado del útero materno, proceso irreversible de la subsistencia de la especie humana.

10. Que, en esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del nasciturus, con el sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que va progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava sin dar margen para la elaboración del duelo (ver informe psicológico de fs. 12/14, valorado con las limitaciones que se expresan en la sentencia recurrida).

11. Que el nacimiento no es, en el caso, un medio para causar la muerte del feto. Así lo aseveran los informes médicos que obran en la causa y lo ratifica el dictamen de la Comisión de Bioética del establecimiento hospitalario implicado; el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita.

El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2° ley 23849 -aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño- y el art. 4° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento. En el caso, la madre carece de medios científicos para salvar la única vida de que goza su hijo, más allá de haber llevado su embarazo a un término que autoriza válidamente a inducir su nacimiento, sin que de ello resulte agravamiento de su mal. Si el niño nace con vida y logra sobrevivir, por sobre el umbral de la ciencia, el adelanto de esa circunstancia no modificará sus posibilidades. Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario y natural de la vida que consiste en la separación de su madre por efecto del parto.

Las causas y efectos de los hechos que conducen al fallecimiento -calificado como inevitable- son parte de un proceso biológico cuyo curso no puede ser alterado por medios científicos ni -ello es evidente- por sentencia judicial alguna.

12. Que numerosas razones conducen a aceptar la solución dada por el a quo a un caso que -como bien se dice en la sentencia- los jueces quisieran no tener que resolver.

En efecto, se verifica la situación paradójica de que, con el alumbramiento, aún rodeado de las máximas precauciones que puede proporcionar la ciencia médica, acontecerá la muerte del nasciturus. Llegar a ser un individuo en el mundo exterior significa cruzar un umbral que, en la especie, resulta insuperable pues el mero hecho de atravesarlo provocará el deceso.

Y de esa suprema contradicción, que conjuga la vida y la muerte, fluyen los sentimientos confusos que el caso guarda.

Pero para dejar atrás la confusión es preciso afirmar que en la decisión a la que se arriba en el fallo nada hay que altere el curso natural de las cosas: concepción, vida en el seno materno, transcurso de un período de gestación más que suficiente para la formación del ser humano completo y viable, su alumbramiento sin riesgos para el hijo y madre, y la preservación del derecho a la vida de ambos durante el curso de este proceso mediante instrucciones precisas del tribunal a quo en ese sentido.

El suceso escapa de todo control científico o jurídico ya que la vida del niño sólo perdurará durante el mantenimiento en el seno de la madre, que concluye al cumplirse un plazo infranqueable: el ciclo normal de gravidez.

Por ello, la conservación de la vida del niño se identifica con el transcurso normal de un embarazo de duración suficiente para el nacimiento sin riesgo. Y ese ciclo está aquí cumplido.

Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra.

Así, la vida del niño por nacer está protegida por todos los medios científicos que convienen a su muy delicado estado, sin que se adopte medida alguna con aptitud para agravar su patología o para impedir o dificultar la supervivencia extrauterina que suceda al acontecimiento natural del parto. Por otro lado, y como elemento esencial de esta decisión, se ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica -ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos- constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección.



13. Que debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es -para excluir la protección de su vida- persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida.

En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación.

Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura -dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

No sólo ello: entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán, se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina "con el mayor respeto hacia la vida embrionaria".

Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente -que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana-, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales.

Por las razones expuestas precedentemente, sin compartir las que se desarrollan en la sentencia en recurso, y oído el procurador general, se confirma la decisión recurrida en cuanto a los alcances de la resolución dictada a fs. 233/235. Eduardo Moline O'Connor.- Carlos S. Fayt.- Augusto C. Belluscio.- Guillermo A. F. López.- Según su voto: Gustavo A. Bossert.- En disidencia: Julio S. Nazareno.- Enrique S. Petracchi.- Antonio Boggiano.

VOTO DEL DR. BOSSERT.- Considerando: 1. Que S. T. requirió al Director del Hospital Municipal Infantil Ramón Sardá -mediante nota del 2 de noviembre de 2000- que se le realizara un "parto inducido u otra acción terapéutica que resulte indicada" ante la constatación realizada por personal de ese nosocomio en el sentido de que era portadora de un feto que no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia).

2. Que ante la negativa del personal del hospital a realizar esa medida, la peticionante promovió acción de amparo ante el Juzgado n. 7 Contencioso y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para obtener "la autorización para anticipar el parto o interrumpir el embarazo" en virtud del riesgo que amenaza a su salud física y psíquica y ante la existencia de gravísimas malformaciones del feto que subsistirán cuando éste nazca.

3. Que la fiscal de primera instancia no cuestionó la competencia del tribunal (dictamen del 15 de noviembre) y el asesor tutelar solicitó ser tenido por parte en representación de los derechos humanos del niño cuya personalidad humana se reconoce desde la concepción (conf. art. 2 ley 23849 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño) y en tal carácter solicitó el rechazo de la acción de amparo y reclamó que se prohibiera a la demandada -Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- la realización de cualquier tipo de maniobra técnica abortiva sobre la actora.

4. Que la juez de primera instancia -mediante pronunciamiento del 16 de noviembre- se declaró incompetente para entender en las actuaciones, sin perjuicio de lo cual destacó que no se presentaba en el caso una situación de peligro que hiciera necesaria el dictado de una medida precautoria.

5. Que apelada la decisión por la fiscal de primera instancia, la cámara declaró la competencia del mencionado fuero y citó a la actora, al asesor tutelar, al Director del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá y al Jefe de Obstetricia de esa institución a una audiencia que fue celebrada el 27 de noviembre y en la cual se expusieron los diversos puntos de vista de los convocados respecto a la posibilidad de interrumpir el embarazo de la demandante. La alzada dispuso posteriormente -resolución del 28 de noviembre- que el amparo habría de ser sustanciado y decidido por ese tribunal lo que fue revocado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la resolución del 14 de diciembre que dispuso que la causa fuera resuelta por el juzgado de primera instancia.

6. Que la magistrada de primera instancia consideró que no se había demostrado que la falta de interrupción del embarazo pudiera poner en grave riesgo a la salud de la madre por lo que desestimó la acción de amparo. Esa decisión fue confirmada por la alzada que entendió -en lo sustancial- que el feto es objeto de protección expresa en el ordenamiento jurídico nacional y que tampoco surgía la existencia de un grave peligro para la salud o para la vida de la madre.

7. Que la demandante dedujo recurso de inconstitucionalidad que fue concedido por la cámara y que fue admitido por el Tribunal Superior de Justicia mediante decisión del 26

de diciembre donde se hizo lugar a la acción de amparo y se autorizó a la dirección del hospital citado para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la actora.

8. Que el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedujo recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento que -según sostiene- lesiona el derecho a la vida de la persona por nacer al no ponderar la normativa vigente que reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción, con independencia de su viabilidad.

9. Que el recurso extraordinario es formalmente procedente, por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts. 14 , 14 bis, 18 , 19, 33 , 75 inc. 22 CN. y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; ley 23849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas.

10. Que la amparista es una mujer de treinta y cinco años de edad, casada y con una hija de 12 años de edad, que ha sido atendida en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá donde el 17 de octubre de 2000 le fue realizada una ecografía obstétrica que determinó que el feto -con edad gestacional de 19 semanas- no presentaba "desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia)" (ver informe de fs. 7).

Conocida esta circunstancia, pidió mediante nota del 2 de noviembre de 2000 que se le realizara un parto inducido. Ante la negativa del nosocomio, promovió acción de amparo el 14 de noviembre de 2000.

11. Que el Comité de Bioética del mencionado hospital informó el 27 de noviembre de 2000 que el feto comprometido con anencefalia tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Ese parecer fue reafirmado en la audiencia celebrada en la misma fecha ante la cámara por el Subdirector del Hospital doctor Ricardo Horacio Illia; conforme al acta que obra en autos, éste señaló que "la viabilidad nula que menciona el informe de la Comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas

circunstancias recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría...El proceder solicitado por la actora constituiría una evacuación precoz, que podría llevarse a cabo ante una indicación al respecto. Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. Señala que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y, a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado".

12. Que para oponerse al pedido de la actora, el representante tutelar afirma que el feto tiene vida, es persona humana y tiene, al menos, derecho a subsistir hasta que se produzca el parto por el proceso natural de gestación.

13. Que el recurrente no ha tachado de arbitrariedad las consideraciones formuladas por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de modo que han quedado firmes los juicios de hecho allí formulados en torno a las características del feto anencefálico, su absoluta carencia de viabilidad ya que morirá a las pocas horas de nacer sea que el parto se produzca ahora o a los nueve meses de gestación, y los peligros para la salud psíquica y física de la madre por la continuación del embarazo.

Resulta, entonces, indiscutible en esta instancia que el feto tiene viabilidad nula en la vida extrauterina, que la inducción del parto en este caso representaría un nacimiento prematuro (no ya como inmaduro, ver explicación del doctor Illia en la audiencia citada), que existe un peligro o daño para la salud de la demandante por la continuación de un embarazo de esas características, caracterizado como "daño psíquico" y que el objetivo del anticipo del parto es evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante.

14. Que el planteo del recurrente, más allá de los términos en que se lo formula, no implica la pretensión de salvar la vida del niño, ni la de hacer posible una asistencia médica que establezca en su beneficio probabilidades de viabilidad; los informes y declaraciones coincidentes de los profesionales médicos y las conclusiones unánimes de la ciencia sobre la anencefalia descartan de manera absoluta posibilidades de esa índole. Lo que, entonces, concreta y sustancialmente pretende el recurrente es prolongar la vida intrauterina de un feto que, desdichada e irremediadamente, morirá a las pocas horas de nacer.

La letra y el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño y otros textos invocados no amparan sin más esta pretensión, como si implicara la defensa de un valor absoluto, ya que de otro modo estarían vedados, en todos los casos, la inducción de parto y la cesárea destinados a evitar algún riesgo a la salud de la madre o del nasciturus, aún cuando ya se haya cumplido el período mínimo de gestación.

En este caso, la muerte del niño ocurrirá irremediamente a las pocas horas de nacer, cualquiera sea el momento en que se produzca, medie o no inducción de parto, como consecuencia de la anencefalia.

El feto ya ha cumplido ocho meses de gestación, término que, de no mediar la citada afección, permitiría un nacimiento con vida y en plenas condiciones de viabilidad.

De manera que, en el presente caso, la causa de la muerte del niño será la anencefalia y no la inducción del parto.

Ello conduce a advertir que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del nasciturus no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con "viabilidad nula en la vida extrauterina" (del informe del Comité de Bioética del Hospital Ramón Sardá), sufrimiento que no sólo ha sido avalado en autos por la declaración del médico doctor Ricardo Illia en la audiencia del 27 de noviembre de 2000 quien expresó, entre otros conceptos, "en orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura", sino que el más elemental sentido común permite comprender. Además, las expresiones de la actora vertidas en esa audiencia, que describen con sobriedad, sin patetismo, aspectos de su vida cotidiana, su prolongada aspiración de tener un segundo hijo, la alegría inicial y la desesperación que sobrevino revelan -sin que quede lugar a una réplica seria, respetuosa de la condición humana, más allá de la retórica- la magnitud del drama que la actora y su familia están viviendo.

Ese grave daño psíquico de la actora -que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de doce años- representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22 CN.), art. 12 incs. 1 y 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2 del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario; también el art. 10 , inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 153, art. 3 de dicha Ciudad.

15. Que, conforme a lo antes expresado, no estamos ante un pedido de aborto ni una sentencia que lo autorice. El a quo sólo ha autorizado la inducción del parto de acuerdo a las reglas de la *lex artis* "con el mayor respeto hacia la vida embrionaria" (punto 3 de la parte resolutive).

El aborto requiere la interrupción del embarazo de un feto vivo con resultado de muerte del feto (por todos: Soler, Tratado de derecho penal, p. 110, ed. 1945).

La inducción del parto prematuro no tiene como objetivo la muerte del feto sino el nacimiento con vida, sin perjuicio de que luego, en un breve lapso, la anencefalia produzca la muerte del niño.

16. Que por lo dicho, en este caso, en el que ninguna sentencia puede aportar felicidad, sólo mantener o poner fin a un intenso sufrimiento, el Tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión de prolongar, sin consecuencias beneficiosas para nadie, la vida intrauterina del feto.

Por ello, y oído el procurador general, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

DISIDENCIA DEL DR. NAZARENO.- Considerando: 1. Que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó la sentencia de la instancia inferior, admitió la acción de amparo deducida en autos y, en consecuencia, autorizó a la Dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" a que le indujera el parto, o bien, le practicara la intervención quirúrgica cesárea a la actora quien se halla en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico que tiene nulas probabilidades de vida extrauterina. Contra tal pronunciamiento el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso el recurso extraordinario federal que, previo traslado a los interesados, le fue concedido.

2. Que el recurso es formalmente admisible pues -según se verá seguidamente- se han puesto en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas de jerarquía constitucional y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en aquéllas (art. 14 inc. 3 ley 48 [25]).

3. Que las excepcionales y dramáticas circunstancias de hecho que rodean el presente caso y autorizan a la habilitación de la feria judicial pueden sintetizarse del siguiente modo: La señora S. T., casada con el señor L. A. y madre de una hija de doce años,

quedó embarazada, mas casi al quinto mes de gestación tuvo conocimiento -mediante una ecografía obstétrica que se le practicó (fs. 7/11)- de que el feto no presentaba desarrollo de la masa encefálica ni calota craneana, lo que constituía un diagnóstico de anencefalia por lo que no era viable la vida extrauterina una vez producido el parto (ver informe de fs. 58 y expresiones del médico obstetra doctor Ricardo Horacio Illia, efectuadas en la audiencia de fs. 59/61, en especial, fs. 59 vta.). Frente al cuadro de situación descripto la madre concurrió al Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" y solicitó que le realizaran "un parto inducido o lo que el médico estime como el medio más adecuado para dar fin a este embarazo que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer a la vez, el anuncio mismo de la muerte" (conf. nota de la actora y de su cónyuge obrante a fs. 3/6, en particular fs. 3, tercer párrafo). Las autoridades de dicho nosocomio se negaron a practicarle a la peticionante la intervención quirúrgica solicitada lo que motivó que aquélla promoviera una acción de amparo ante la justicia contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra la institución hospitalaria citada a fin de obtener la autorización judicial correspondiente para "anticipar el parto o interrumpir el embarazo, en virtud del riesgo que amenaza mi salud física y psíquica, y ante la existencia de gravísimas malformaciones en el feto que descartan su nacimiento con vida", ello con fundamento en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. escrito de demanda, fs. 16, primer párrafo, y 19 vta. las bastardillas pertenecen al original).

4. Que la jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 135/138).

Para decidir del modo indicado la magistrada juzgó que la pretensión deducida debía encuadrarse en la hipótesis del aborto terapéutico previsto en el Código Penal, dado que "la interrupción del embarazo que aquí se solicita -en la medida en que se sustenta en la existencia de grave peligro para la salud de la madre- debe entenderse amparada en lo dispuesto por el inc. 1 del mentado art. 86 ... puesto que de no ser así, lo que en definitiva se estaría peticionando al juzgado sería una autorización para delinquir" (fs. 136, último párrafo).

Desde tal perspectiva consideró que los elementos aportados a la causa no autorizaban a concluir en la existencia de un "grave riesgo para la salud de la madre" -tal como impone la norma penal citada- ello sin perjuicio de tener presente el dolor de los padres frente a la terrible situación que enfrentaban. En consecuencia, concluyó que la negativa de las autoridades de la entidad hospitalaria a practicar la intervención quirúrgica pedida por la amparista no constituía una conducta arbitraria ni ilegítima en los términos del art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. Que la cámara confirmó la decisión de primera instancia por mayoría de dos votos contra uno (fs. 127/137). El vocal preopinante coincidió con la amparista en que para proceder a la interrupción del embarazo no era necesaria la inminencia de un daño grave e irreversible sino tan sólo de un "peligro grave" para la vida o la salud de la madre;

empero, juzgó que no existía constancia alguna en la causa que acreditara tal extremo lo que determinaba el rechazo de los agravios de la apelante.

Por otro lado, el restante magistrado que contribuyó a formar la decisión agregó que a pesar de que el carácter de persona humana del anencefálico, el "valor de su existencia y de la protección que aquél merece ha sido controvertida desde la época de Paulus" (fs. 133 vta.) semejante cuestión había sido superada en la actualidad ya que la humanidad del ente por nacer no quedaba subordinada a la inexistencia de patologías ni a su sobrevida; señaló que a tal conclusión llegaban no sólo la doctrina nacional más autorizada sino también las convenciones internacionales -como por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica- de rango constitucional que ratificaban el criterio de nuestro codificador en punto a que la existencia de las personas y la protección jurídica de éstas comenzaba desde la concepción en el seno materno. Por ello, entendió que la pretensión deducida en el amparo sólo podía tener favorable acogimiento en caso de estado de necesidad el cual no se configuraba en la especie.

6. Que el tribunal superior local revocó el fallo de la cámara por mayoría de cuatro votos contra uno (fs. 179/235).

Los argumentos expuestos por los miembros que integraron la decisión mayoritaria son, en términos generales, los siguientes: 1º) que la autorización judicial pedida en el amparo no constituye un aborto en los términos de la ley penal (fs. 188/190); 2º) que sentado lo anterior "no tiene sentido examinar si se trata de un 'aborto justificado', como proponen las sentencias antecedentes", pues el acto es "externo al Derecho penal, no abarcado por él, en fin permitido desde este punto de vista (arts. 18 y 19 CN.)" (fs. 191, último párrafo); 3º) que los fallos anteriores confunden la definición de aborto como figura penal "con la mera interrupción voluntaria del embarazo" (fs. 192); 4º) que la anencefalia "representa, entre las patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales -vulgarmente, de cerebro y de cráneo- constituye la 'representación de lo subhumano' por excelencia..." por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de 'humanos'" para afirmar más adelante "Es el cerebro el que permite o posibilita la personalización de la humanidad" en los términos del art. 70 CCiv. (fs. 192, último párrafo y 193); 5º) que "muchos moralistas católicos de renombre tienen posición tomada a favor de esta operación quirúrgica en el caso específico de la anencefalia, pues no son seres humanos" (fs. 193, segundo párrafo); 6º) que la discusión no se centra en el comienzo de la vida humana sino "con otros elementos que nos permitirían, eventualmente, definir aquello que es vida humana frente a procesos embriológicos fallidos" (fs. 194); 7º) que el art. 86 inc. 1 CPen. "no exige que el daño sea grave, sino tan sólo, diagnosticable" (fs. 196, tercer párrafo); 8º) que le asiste razón a la amparista en virtud del principio de autodeterminación procreativa de los padres respecto del cual el a quo expresó que "la Corte Suprema de los EE.UU. (casos "Roe v. Wade"...y "Doe v. Bolton"...), "acudió a ese derecho, que se denomina derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres..." (fs. 198); 9º) que



"a la fecha no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea ... no afectaría la vida del nasciturus" (fs. 205); 10º) que el derecho positivo no sostiene la tesis acerca de la prevalencia automática del derecho a la vida de la persona por nacer frente a los derechos de su madre dado que la solución no es tan simple" (fs. 206); 11º) que "Ser mujer es la condición sin la cual lo que le sucede no le sucedería: ser la portadora de una gestación condenada al fracaso. Se trata, entonces, de transferir la discusión del feto anencefálico a la mujer embarazada, al riesgo de su vida, de su salud, a cómo está hoy y a cómo estará, y reflexionar acerca de si podrá o no podrá, en el futuro, cumplir con los deberes y asumir las responsabilidades que tiene para sí misma, para con su familia y muy especialmente para con su hija" (fs. 206, último párrafo y 207); 12º) "¿Por qué negar o impedir un parto anticipado en aras de la salud materna, si ello no entraña ningún perjuicio para el niño, que ya está condenado a morir y sí conlleva un beneficio para la madre y la familia?" (fs. 214); 13º) Que la negativa de las autoridades hospitalarias es arbitraria porque la amparista acompañó un informe psicológico que expresa que ya sufre un daño en su salud psíquica y, además, porque el director del nosocomio al contestar el pedido de informes de rigor no sólo no rebate las conclusiones del dictamen sino que reconoce la existencia de esa lesión a la salud psíquica al igual que las declaraciones efectuadas ante la cámara (fs. 224).

7. Que en el remedio federal el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma expresa que, a pesar del entrecruzamiento de líneas argumentales de distinta naturaleza, esto es, científicas, filosóficas y jurídicas en las que se funda el fallo impugnado "Nada se dice del derecho de vivir por el tiempo que la gestación de la persona por nacer demande" (fs. 254 punto 4.3., las bastardillas pertenecen al original).

Semejante planteo -escueto pero suficientemente claro en punto a las cuestiones constitucionales que involucra- implica que, a juicio del apelante, la demandada no ha obrado arbitraria ni ilegítimamente y que, por lo tanto el amparo debe ser desestimado. En tales circunstancias, y en atención a los fundamentos dados por el a quo reseñados en el considerando anterior, se impone liminarmente dilucidar los siguientes interrogantes: 1º) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?; 2º) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y si en efecto lo tiene, ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo?

8. Que para dar respuesta a la primera de las preguntas formuladas es preciso tener en cuenta que, a pesar de la máxima de Javoleno que reza "Omnis definitio in iure civile periculosa est" (Digesto, 50, 17, 202) y a la advertencia de Freitas en sentido análogo (ver nota al art. 495 CCiv.), la ley define a las personas como "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" (art. 30 CCiv.) al tiempo que prescribe que "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia

visible" (art. 51 CCiv.) y, además, que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre" (art. 70 CCiv.).

La disposición transcrita en último término es inequívoca en punto a que la protección legal de la persona humana comienza desde su concepción; y no son menos explícitas otras normas, pero de rango constitucional, que serán consideradas más adelante (vgr., art. 75 inc. 23 CN.; art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 6.1. de la Convención sobre Derechos del Niño y art. 2 ley 23849).

Queda claro, pues, que se "es" persona desde la concepción en el seno materno, y siempre y cuando se tengan "signos característicos de humanidad" (art. 51 cit.), expresión esta que ha suscitado críticas por parte de algunos autores (ver Llambías J.J. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 5ta. edición, T. I, p. 249, n. 320), pero cuyo cabal significado corresponde establecer en el sub examine.

A tal fin conviene tener presente, en primer lugar, que al abordar este aspecto el a quo adhirió, bien que de un modo elíptico pero no por ello menos claro, a la interpretación histórica de la norma aludida; así le dió el sentido que hace siglos los romanos le atribuían según el cual, persona es todo ser que no sea ni monstrum ni prodigium (ver fallo recurrido, fs. 193, punto 2 y fs. 194; asimismo art. 70 CCiv. y su nota). Empero, es evidente que dicho criterio permite juzgar al individuo sólo a partir del momento del parto y desde el punto de vista de su forma física exterior con el más grosero de los subjetivismos, concluyendo que "un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho" y que "Parece que la cabeza debe presentar las formas de la humanidad" (nota al art. 70 cit. y fallo apelado, en particular, fs. 194), lo cual, sumado a la fórmula ni "monstrum" ni "prodigium" pone de manifiesto la precariedad científica de que adolece al tiempo que revela el tipo de mentalidad mágica a la que es afín, esto es, una apta para creer en tragos y criaturas espectrales mas quizá incapaz para reconocer a un ser humano de una raza distinta como persona. Semejante interpretación justifica las críticas efectuadas al art. 51 por la "forma pueril" con que el codificador alude allí al hombre (conf. Llambías, obra y lugar citados); por lo demás, es deficiente desde el punto de vista lógico porque opera por exclusión sobre las excepciones en lugar de hacerlo por definición sobre los principios; dicho de otro modo, hace depender la distinción de casos excepcionales mas no de los supuestos generales que se presentan a diario. En suma, no se sabe qué es un "monstrum" ni lo que es un "prodigium", pero lo peor de todo es que no se sabe lo que es una persona pues, lo único cierto es que "Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana" (nota al art. 70 antes referido, última parte, las bastadillas no pertenecen al original).

Probada la ineficacia de la hermenéutica examinada, y dado que el derecho es una idea práctica que se nutre de la realidad es preciso acudir a las ciencias que estudian la realidad biológica humana, esto es, la genética, para establecer cuáles son "los rasgos característicos de humanidad" aludidos en la disposición que se procura inteligir.

Dicha disciplina -en sus conceptos elementales, comprensibles para cualquier persona medianamente ilustrada- nos enseña que la secuencia del ácido desoxirribonucleico, identificado bajo la conocida abreviatura "ADN" "es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética" en el que existen "secuencias denominadas `únicas' que codifican para las proteínas" (Chieri, Primadora, "Genética Clínica", López Libreros Editores, Buenos Aires, 1988, ps. 34 y 42); se trata de lo que se ha dado en llamar "el corazón mismo de todos los procesos vitales", se transmite de generación en generación según el proceso físico-químico descubierto por Crick y Watson; es un hecho científico que la "construcción genética" de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues "El ADN del `huevo' contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles" (conf. Salet, Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver ps. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del premio nobel de medicina Jacques Monod).

En una línea afín de pensamiento, modernamente se sostiene que "Hoy se sabe que las células vivientes constituidas por una cinta doble de ADN, están estructuradas por un determinado número normalmente par de cromosomas. También se sabe con certeza que ese número cromosómico varía según las distintas especies animales. Los cromosomas de los antropoides se parecen a primera vista a los de los seres humanos, pero hay particularidades típicas de cada especie. Una rápida mirada a través del microscopio electrónico permite distinguir eficazmente los cromosomas de un chimpancé, de un gorila, de un orangután, y, por supuesto, de un hombre. A tal punto que, actualmente, en el campo de la imprevisible genética la especie se define por el número cromosómico celular. La especie humana, y solamente ella, tiene en sus células 46 cromosomas (23 procedentes de la vía paterna y 23 de la materna); esa larga molécula de ADN de dos metros de largo (si se la desplegara totalmente) es el único vínculo que une a los hijos con sus padres, y a éstos con sus progenitores, y así hasta los orígenes. Ninguna prueba de laboratorio (estudiando los célebres fósiles) existe para demostrar que, en esos orígenes, hayan existido verdaderos hombres con un número cromosómico diverso al de los actuales" (conf. Basso Domingo "Justicia original y frustración moral", Ed. Abeledo-Perrot, 2000, ps. 20 y 21, ver nota 52 en p. 21 concorde con Curtis Helena, "Biología" 4ª ed., Medicina panamericana, México, 1985, ps. 267 y ss.; Martínez Picabea de Giorgiutti, E. "Aproximación a la problemática actual en biogenética", Celam, Bogotá 1985; Diccionario Médico Salvat, 3ª ed., Barcelona, 1990; Thompson, J.S. - Thompson M.W. "Genética Médica", 3ª ed. Salvat, 1985).

De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo "característico" e

irreductible de humanidad en los términos de la ley (art. 51 CCiv.). Es en función de esta realidad científica que tanto genetistas como juristas y aún filósofos coinciden, con ligera diferencia de matices, en adoptar medidas tendientes a proteger la dignidad del genoma humano; y que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) haya creado el Comité Internacional de Bioética, instancia internacional destinada a la reflexión sobre las investigaciones en biología y genética y a las aplicaciones experimentales de éstas, en cuyo seno se han propiciado estudios e iniciativas tendientes a fijar pautas para evitar la manipulación genética (ver la conocida Declaración Universal sobre el Genoma Humano en el contexto de las iniciativas propiciadas por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, en Gaceta Médica de Caracas, vol. 106, N. 1, Enero-Marzo de 1998, Caracas, Venezuela).

A esta altura del desarrollo argumental no pueden existir dudas sobre el carácter de persona humana del organismo viviente que la amparista alberga en su vientre ya que, obvio es decirlo, tanto ésta como su cónyuge son humanos y, por ende, son aptos para transmitir esa condición a sus hijos.

Aún más, las constancias de la causa demuestran que, tal como se anticipó reiteradamente al reseñar los antecedentes del sub lite, la actora ha engendrado "un feto que se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto en lo referido al encéfalo" (fs. 59 vta.); tales son las expresiones del doctor Ricardo Horacio Illia quien, además de ser subdirector del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, "es médico obstetra con especialidad en embarazo de alto riesgo" (fs. 59) y está interiorizado de la situación física de la amparista por lo que sus dichos deben ser valorados en función de sus conocimientos científicos y experiencia en la materia (doctrina de Fallos 310:2278 [26]). Por otro lado, la ecografía practicada a la madre revela la existencia de un proceso vital en desarrollo ya que sus resultados ilustran sobre la normalidad de la cinética cardíaca, la actividad de los movimientos fetales, al tiempo que informan que el líquido amniótico es adecuado para la edad gestacional.

De ello se desprende que el individuo tiene vida y cumple con un proceso de gestación afectado por la patología que padece, pues "al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía" (expresiones del doctor Illia, fs. 59 vta. cit.). En esta materia es preciso tener en cuenta la opinión de especialistas respecto de la anencefalia quienes sostienen que ella "es una alteración congénita de la que resulta la ausencia de hemisferios cerebrales y estructura ósea del cráneo...se produce en la instancia de cierre de la porción superior del tubo neural motivando la ausencia o destrucción del cerebro que es sustituido por una masa rudimentaria de tejido mesenquimático y ectodérmico...El proceso patológico se inicia tempranamente entre los días 17 y 23 del desarrollo fetal" ("Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas", N. 4, año 1988, vol. 56, año 56, p. 232, primera columna, la bastardilla no pertenece al original); en sentido análogo, los expertos en genética clínica ubican a la anencefalia entre los desórdenes diagnosticables prenatales que se presentan en el segundo trimestre de la gestación (conf. Chieri Primadora, op. cit., ps. 364 y 365).

Es decir, que la patología es ulterior a la concepción, esto es, posterior al momento en que ha comenzado a existir la persona, de lo que se deduce que el organismo viviente en cuestión es una persona por nacer que padece un "accidente" (art. 51 CCiv.) -la anencefalia- que no altera su condición (art. 63 CCiv.). Ha de entenderse, entonces, que la inexistencia o malformación del cerebro humano no transforma a las personas en productos "subhumanos" como sugiere el a quo (ver fs. 192, último párrafo y 193); en efecto, tal como lo expresó en su oportunidad uno de los juristas más sobresalientes del país que integró este Tribunal: una conclusión semejante parte de una premisa materialista no declarada: la que "afirma que nada hay en el mundo que no sea materia o que no dependa de la materia" por lo que "El espíritu mismo no sería sino la parte del alma que piensa, la cual se halla asentada en el cerebro: 'el cerebro segrega pensamientos como el hígado segrega bilis', proclamaba Condillac, un eminente filósofo materialista del siglo XVIII. El hombre, en suma, es solamente un animal que, por la evolución, ha perdido o debilitado algunos de sus instintos... Los actos humanos, como los hechos de los animales, no son libres: el libre arbitrio, o sea, la supuesta libertad humana, es una ilusión. El bien y el mal que realizamos no son frutos visibles de virtudes y vicios, sino consecuencias del estado físico de salud o enfermedad ... La concepción materialista sitúa al hombre, sin reserva alguna, en la escala zoológica, simplemente como un animal más evolucionado que sus hermanos inferiores" lo que es "repugnante a cualquier doctrina, religiosa o filosófica, del hombre como ser espiritual" (conf. Orgaz, Alfredo, disertación pronunciada el 17 de abril de 1977 publicada en el libro "Las Personas Humanas Esencia y Existencia" en el que se recopilan escritos y conferencias del jurista citado bajo la dirección de Matilde Zavala de González, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2000, ps. 62 y 63). Llama la atención que estas palabras -que contribuyen a refutar los argumentos del a quo que se examinan- pertenezcan a uno de los autores que más firmemente creía en que la persona humana comienza con el nacimiento y no con la concepción (ver su crítica al art. 70 CCiv. en su obra "Derecho Civil Argentino, Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, ps. 31 y ss., en particular, p. 34, punto 3).

Va de suyo que la alusión a "moralistas católicos de renombre" que "tienen posición tomada a favor de esta operación quirúrgica" por considerar que en el cerebro se "localiza" la "humanidad" (fs. 193, segundo párrafo), en modo alguno, conmueve las conclusiones precedentes toda vez que el problema debe resolverse dentro del marco jurídico y no religioso; mas si de moralistas católicos de renombre se trata, cabe consignar que Santo Tomás enseña claramente tres cosas que contrarían al sacerdote paulista citado como referencia (fs. 193, segundo párrafo), a saber: que el alma no es cuerpo; que el entendimiento no es un sentido y que el alma intelectual "excede la condición de la materia corporal" (Tomás de Aquino, "Suma contra los gentiles", Libro II, Club de Lectores, Buenos Aires, 1951, versión directa del texto latino, capítulos LXV, LXVI y LVIII, ps. 189 a 197).

Por lo hasta aquí expuesto corresponde concluir que el ser anencefálico es una persona por nacer en los términos de la ley civil (art. 63 CCiv.).

9. Que sentado lo anterior, ¿tiene la persona por nacer anencefálica derecho a la vida?

Las particularidades del caso y el tratamiento que los jueces de las instancias inferiores le han dado a esta cuestión, reformular el interrogante en los siguientes términos: ya que de acuerdo a los diagnósticos médicos el nasciturus morirá indefectiblemente después de nacer, ¿tiene derecho a vivir en el vientre de la madre durante todo el período que dure el embarazo hasta el parto espontáneo?

Una primera aproximación al tema consiste en examinar las normas jurídicas que protegen el primero y más fundamental de los derechos del niño sin el cual todos los restantes resultarían meramente retóricos.

Así, en primer lugar, cabe tener en cuenta que el art. 75 inc 23 2º párr. CN. dispone que "Corresponde al Congreso...Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (la bastardilla no pertenece al original).

Concorde con ello, el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN.), prescribe: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (la bastardilla no pertenece al original).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, de igual jerarquía que la anterior (conf. norma citada) expresa que "Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", que "garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (art. 6.1 y 2 la bastardilla no pertenece al original); además impone que "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación" (art. 19 ) y que se "adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños" (art. 24.3. ). La ley 23849, aprobatoria de esta Convención, dispone en su art. 2 "Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: ...Con relación al art. 1 de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad" (art. cit., tercer párrafo, la bastardilla no pertenece al original). Esta reserva fue efectuada en

consonancia con el principio de libre determinación de los pueblos en virtud del cual "Todos los pueblos...establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; concordentemente ver art. 29 , inc. d -normas de interpretación- del Pacto de San José de Costa Rica).

En armonía con las disposiciones transcriptas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 CN.) prescribe que "No se impondrá la muerte ... a las mujeres en estado de gravidez".

De las disposiciones constitucionales transcriptas -existen otras concordantes que las complementan- surge que el constituyente le confirió al niño el status jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distingo alguno, por lo que existe sólo una respuesta al interrogante planteado y ella es la afirmativa.

La conclusión que antecede es el resultado del examen del texto por lo demás inequívoco en punto a los derechos que confiere y a las circunstancias en que lo hace (Fallos 120:372; 200:165 [27]; 299:167, entre muchísimos otros); lo contrario importaría prescindir, nada más y nada menos, que de la voluntad del constituyente (doctrina de Fallos 297:142 ; 299:93; 301:460).

Sin embargo es necesario efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, que el nasciturus anencefálico tenga derecho a la vida no sólo es un imperativo que deriva de la letra de las disposiciones transcriptas sino de la armonización de éstas con el resto del ordenamiento constitucional vigente en materia de derechos humanos (doctrina de Fallos 306:721 [28]; 307:518 y 993 [29]); ello es así, debido a que no existe una sola norma en ese ámbito que, en lo concerniente al derecho en cuestión, efectúe algún distingo limitándolo, por ejemplo, a cierto tipo de infantes con determinadas características fenotípicas, fisonómicas o, en suma, distinguibles desde el campo de la ciencia médica; tampoco se advierte que la protección de la vida de los niños esté restringida a una clase determinada de situaciones o bien que, lisa y llanamente esté excluida en casos como el que aquí se juzga.

Con tal comprensión no corresponde que los jueces creen -so pretexto de llenar vacíos legales inexistentes- situaciones de excepción que reduzcan el ámbito subjetivo del derecho aludido; y ello, no sólo porque si así obraran estarían desbordando el cauce dentro del cual la Constitución les impone que ejerzan su función, sino porque además,

incurrirían en una exégesis parcializada de los tratados internacionales de derechos humanos lo que es contrario a normas hermenéuticas expresas; así, por ejemplo está prohibido "permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que lo previsto en ella" al tiempo que está vedado "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (conf. art. 29 , apartados a y b del Pacto de San José de Costa Rica).

Por lo demás, cualquier magistrado que restringiera irrazonablemente el derecho a la vida negándose, por ejemplo, a personas que padecen patologías físicas -tal lo que sucede en autos- incurriría en una discriminación arbitraria. En este sentido el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que "1. Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (art. cit., las bastardillas no pertenecen al original), lo cual concuerda con el principio de igualdad consagrado por nuestra Ley Fundamental y reafirmado por tratados de rango constitucional (conf. arts. 16 de la Constitución Nacional, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 del Pacto de San José de Costa Rica; 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Llama la atención que, en este orden de consideraciones, ninguno de los votos que conformaron la mayoría del fallo recurrido haya dedicado una sola línea a la hermenéutica de las normas constitucionales aludidas, sea para darles un sentido distinto del que tienen, sea para confrontarlas con otras de igual rango y concluir en su inaplicabilidad.

Sin embargo, corresponde tratar aquí uno de los argumentos expuestos por el vocal preopinante al que adhirieron los restantes miembros del tribunal a quo. Se trata del que se refiere a la calificación jurídica de la autorización pedida por la actora; el magistrado concluye en que no es aborto porque ya que dicho delito es una figura de resultado, para que él se configure es preciso el "resultado de muerte" "ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura. He aquí el elemento faltante...La muerte debe ser el producto de la expulsión prematura" mas "Tanto la Sra. T., como los médicos que practiquen eventualmente la operación, anticiparán la vida exterior del nasciturus, no la inmolarán" (fs. 189, punto 4, y fs. 190). Cabe aquí formular una reflexión: es un hecho comprobado por el diagnóstico de los médicos intervinientes agregado al expediente que una vez que el recién nacido sea separado del cuerpo de su madre tendrá una



sobrevida corta (vgr. ver informe del Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" obrante a fs. 58); así corresponde citar al testigo experto doctor Ricardo Horacio Illia quien "Señala en forma categórica la ausencia de viabilidad. Ningún anencéfalo sobrevive más del término de tiempo (sic) antes señalado, con un máximo de 12 horas". En tales circunstancias el vocal referido omitió pronunciarse sobre el nudo de la cuestión, esto es, si el anticipo del parto -que implicaba exponer a una muerte segura a una persona recién nacida- constituía una violación a las claras normas constitucionales involucradas; aún más, omitió ponderar si, frente a ese interrogante la conducta de las autoridades del nosocomio era arbitraria.

Es que, conviene resaltarlo, quien adelanta un evento anticipa sus consecuencias; si a los nueve meses la persona anencefálica que nace por parto espontáneo tiene una supervivencia aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará la muerte del sujeto a los seis meses y doce horas. Lo que la sentencia recurrida no trata es la afectación del derecho del nasciturus a seguir viviendo durante el lapso diferencial apuntado; y los argumentos dados por el sentenciante referidos a que "de todas maneras morirá" encubren una elíptica pero segura condena a muerte por anticipado, ello, con apoyo en la "exigua cantidad de tiempo" que la persona anencefálica tiene de vida, como si tal circunstancia afectara sustancialmente la calidad de persona o la protección jurídica de ésta. Para exponerlo crudamente y así contrastarlo con las normas constitucionales examinadas: en el fallo subyace la siguiente fórmula "si la persona anencefálica ha de morir de todas maneras, entonces, que muera cuanto antes".

En un segundo nivel de reflexión es menester ocuparse aquí del argumento del tribunal superior local relativo a que el pedido de la amparista es "externo al Derecho penal, no abarcado por él, en fin permitido desde este punto de vista (arts. 18 y 19 CN.)" (fs. 191, último párrafo).

Sobre el particular cabe poner de relieve dos aspectos que conciernen, por un lado, al contenido de la pretensión y, por el otro, al principio de reserva previsto en el art. 19 de nuestra Ley Fundamental.

En lo relativo al primer asunto, debe tenerse en cuenta que el amparo fue promovido "para dar fin a este embarazo" ya que "Tanto mi esposo como yo somos conscientes que la intervención médica que solicitamos puede ser resuelta de otro modo, es decir en lugares `privados' que no requieren autorización judicial alguna; pero no elegimos el camino ilegal..." (escrito de demanda de fs. 15 vta., párrafos cuarto, parte final y sexto) lo que claramente implica la intención, a todo evento, de abortar.

En lo que respecta al principio de reserva, cabe recordar que conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las "acciones privadas" están exentas de la autoridad de los magistrados cuando "de ningún modo" ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. "La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales -en el sentido indicado- en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que 'de algún modo', cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que 'de algún modo' trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente" (Fallos 313:1333, considerando 11). La cabal interpretación del artículo citado desvirtúa la decisión apelada, pues no se advierte por qué razón debería quedar excluida de la autoridad de los magistrados la conducta encaminada a exponer a un recién nacido a una muerte prematura, aunque el desenlace fuera fatal de todas maneras en el supuesto del parto espontáneo. Debe decirse, enfáticamente porque el caso lo requiere, que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones; el constituyente no ha establecido que la vida de una persona -nacida o por nacer- que ha de morir indefectiblemente puede quedar expuesta a lo que decidan sus allegados en lo relativo a su terminación anticipada. Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del "primer derecho de la persona humana" (Fallos 310:112, considerando 4).

El desarrollo de los conceptos hasta aquí expuestos permite comprender la negativa de los médicos a practicarle a la actora la intervención quirúrgica en cuestión pues ello, lejos de significar una contradicción -como erróneamente sostuvo el a quo- importó el reconocimiento de la existencia de un ser humano severamente afectado por la patología descrita, pero humano al fin y con derecho a vivir durante todo el tiempo que la naturaleza permita.

10. Que resta discernir si el derecho a la vida del nasciturus debe ceder ante el que invoca la madre para interrumpir el embarazo.

Para ello, es preciso destacar que la actora fundó su petición, en síntesis, en el derecho a la salud pues "cuando a una mujer se le niega la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico se violan derechos humanos fundamentales; su realización por parte del servicio público de salud, en casos de peligro en la salud de la mujer integra el derecho a la salud física y psíquica" (escrito inicial, ver fs. 16, quinto párrafo, concorde con las expresiones de su nota de fs. 3/6, en particular, fs. 3/4); asimismo, agregó que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostiene que "En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité 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" (fs. 18 vta., 6to. párrafo); por último, estimó estar amparada por "Los tres principios establecidos por el Informe Belmont", estos son, a) "Autonomía", el cual consistiría en la "libertad personal de elegir como se quiera", b) "Beneficencia" entendida como "1) no hacer daño; extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos" y c) "Justicia", es decir "la imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios" (fs. 17/17 vta.).

Las expresiones transcriptas, que concuerdan en líneas generales con el resto de las argumentaciones enunciadas a lo largo de este pleito por la actora, trasuntan más una consulta que una pretensión procesal.

En efecto, ellas no son otra cosa que la forma encubierta de pedirle a un juez lo que le ha negado, y sólo puede darle, un médico. El Código Penal, al penalizar el aborto (art. 86 ), contiene, entre otras cosas, prescripciones dirigidas, fundamentalmente, a los médicos; son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe "un peligro para la vida o la salud de la madre que no puede ser evitado por otros medios" a fin de llevar a cabo el aborto denominado terapéutico (art. citado, inc. 1); y si los médicos se niegan a practicarlo es porque desde el punto de vista científico no se dan las circunstancias que lo ameritan. Tal es lo que sucede en autos, los profesionales de la medicina interiorizados del cuadro obstétrico que la actora presentaba constataron la inexistencia de peligro para la vida o la salud de ella, lo que motivó que se negaran a inducirle el parto. Es preciso recordar que el doctor Illia, experto al que se ha hecho referencia, interrogado por el señor asesor tutelar sobre la petición de la demandante expresó que "desde el ejercicio de la medicina no puede adoptar esa decisión en virtud del marco legal...ningún galeno de la República tomaría tal decisión" (fs. 60 vta. última parte y fs. 61).

Es cierto que la situación se complica cuando lo que se invoca es la preservación de la salud "psíquica", "mental" o "psicológica" ya que todas estas expresiones presentan contornos semánticos difusos. Lo que hay que distinguir, por un lado, es el daño a la salud psíquica y, por otro, el sufrimiento; el primero podría -siguiendo los criterios y recomendaciones del Comité de Bioética de UNESCO y de la Organización Mundial de la Salud- en determinadas circunstancias comprobadas ser equiparado al riesgo para la salud física a los fines de decidir sobre la procedencia de un aborto terapéutico; el sufrimiento, empero no, pues ninguna persona está exento de él mientras viva; está en la raíz de la condición humana y a veces los jueces pueden atemperarlo y hasta eliminarlo, pero al hacerlo deben sopesar otros derechos y otros intereses.

En lo concerniente al amparo deducido y después de las reflexiones que anteceden cabe preguntarse ¿Puede un juez decidir una pretensión como la deducida en esta causa?

La negativa fundada en la ley (art. 2 ley 27) y la jurisprudencia (vgr. "Heypburn's case", 2 Dallas, 409; "Muskrat v. United States" 219, U.S., 346, y Fallos: 2:253; 103:58, entre otros) autorizan a una respuesta negativa, mas ella pecaría de ser excesivamente rigurosa. Sin embargo aunque se aceptara que el órgano jurisdiccional es competente para evacuar consultas de esa índole, habría que -por lo menos- proveerle los elementos objetivos necesarios para convencerlo de que la interrupción del embarazo no viola la ley; y es precisamente en este aspecto en el cual se aprecia la endeblez de la posición de la actora y la legalidad del obrar de la demandada. En efecto, salvo un informe de tres fojas sin firma -en el que sólo una de ellas se refiere al sufrimiento que padece la actora bajo el rótulo "Que es el daño psíquico" (fs. 13)-, no existe en la causa constancia alguna que autorice a juzgar que la vida o la salud física o psíquica de la madre se encuentran en peligro.

Las consideraciones de los magistrados al respecto no son otra cosa que un conjunto de generalidades que ya fueron reseñadas y que confunden sufrimiento humano con peligro para la salud psíquica. Es evidente que una situación dramática como la que vive la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo familiar. Sin embargo los jueces no pueden autorizar la interrupción de una vida por el sufrimiento que una enfermedad mortal cause; y si no pueden hacerlo para aliviar el dolor del que padece la enfermedad, mucho menos como remedio a favor de aquellos que no la sufren. Con menor razón aun debe ceder el derecho a la vida por motivos eugenésicos; la experiencia estadounidense en tal dirección es aleccionadora al tiempo que patética (ver Tribe, Lawrence "Abortion The Clash of Absolutes", W.W. Norton & Company, New York London, 1992, en particular "the thalidomide and rubella cases" en "Two tragic episodes" p. 37, ver también el caso "Doe v. Bolton", en ps. 5, 42 y 140).

En lo que respecta al sub iudice el derecho de la madre a obtener la paz a la que aspira debe integrarse correlativamente con el de la persona por nacer pues esa es la regla hermenéutica a la que corresponde atenerse toda vez que "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre ... Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan" (conf. Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Es que, como con acierto expresa Ihering "Nadie existe sólo para sí, como tampoco por sí sólo; cada uno existe por y para los otros, sea intencionadamente o no...La vida es una respiración incesante: aspiración, espiración; esto es tan exacto como la vida física, en la intelectual. Existir para otro, con reciprocidad casi siempre, constituye todo el comercio de la vida humana. La mujer existe para el hombre, y éste a su vez para la mujer; los padres existen para los hijos; y éstos para aquéllos" (von Ihering, Rudolf "El fin en el derecho", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 40 ver el punto "La vida en sociedad: cada uno por los otros y para los otros). Los conceptos expuestos no tienen otro propósito que el de dar acabada respuesta a las posiciones de las partes determinando que no existe un derecho absoluto e incausado a la propia determinación o a la autorización de una medida tan extrema como la que aquí se solicita, máxime cuando ni siquiera se han acreditado los supuestos de hecho que la tornarían procedente desde el propio punto de vista de la amparista.

En suma, respecto del interrogante planteado no surge del expediente constancia alguna que respalde la pretensión deducida. Ello implica que la conducta de la demandada no ha sido arbitraria y que el amparo debe ser rechazado.

Por ello, oído el procurador general de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y, por no ser necesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo. Notifíquese en el día y, oportunamente, remítase.

DISIDENCIA DEL DR. PETRACCHI.- Considerando: 1. Que S. T. promovió acción de amparo contra el Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" de la ciudad de Buenos Aires por "violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida materializado en la negativa del Hospital a realizarme una inducción al parto" (fs. 15). Relató que es casada y que de esa unión nació una hija en 1988, quiso tener otro hijo y quedó embarazada. El 17 de octubre de 2000 se le practicó una ecografía y allí les fue comunicado un diagnóstico terrible: el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia). Señaló que ella y su marido pidieron a las autoridades del Hospital que se le realizara un parto inducido o lo que el médico estimara como el medio más adecuado para dar fin al embarazo "que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte".

Las autoridades del Hospital no hicieron lugar a la petición, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara. La actora sostiene que se lesiona, por esa decisión administrativa, su derecho a la salud, que debe ser preservado tanto en su aspecto físico como psíquico y subraya que, al ser la anencefalia (falta o desarrollo incompleto del cerebro) fatal en un porcentaje del 100% "el obligarme a proseguir -en estas circunstancias- con el embarazo, constituye un peligro cierto para mi salud e integridad física y psíquica, que no puede evitarse sino con la interrupción del mismo" (fs. 17).

Por esa y otras consideraciones análogas, finaliza pidiendo que se condene al mencionado Hospital para que proceda a inducirle el parto o, eventualmente, a practicarle la operación quirúrgica de cesárea, fijándose un plazo perentorio para el cumplimiento (fs. 20).

2. Que a fs. 25/30 se presenta el asesor tutelar del fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pidiendo que se

tenga por asumida la representación autónoma de la persona por nacer y se rechace in limine la pretensión de la actora.

3. Que, después de diversas tramitaciones que no hacen al fondo del asunto y que -fundamentalmente- se relacionaron con problemas de competencia, finalmente fue dictada sentencia por la señora jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario n. 7, de la Ciudad de Buenos Aires. En dicho fallo, se rechazó la acción de amparo, sin costas.

4. Que esa decisión fue confirmada por la alzada (fs. 127/137), sentencia contra la cual la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad (fs. 141/142), el que fue concedido el 22 de diciembre de 2000.

5. Que el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires se pronunció el 26 de diciembre de 2000 y, por mayoría (4 votos a 1), decidió lo siguiente:

A) Hacer lugar al recurso, revocar la resolución apelada y, consiguientemente, admitir la acción de amparo promovida por la actora;

B) Autorizar a la dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S. T. La intervención deberá ser comunicada al juzgado de primera instancia interviniente, como así también si existiera alguna causa que impidiera la interrupción del parto.

C) La autorización se extiende a los profesionales que deban realizar la intervención, la cual se realizará conforme a la lex artis, debiéndose actuar con el mayor respeto hacia la vida embrionaria.

D) Si existiera alguna objeción de conciencia, la demandada procederá a efectuar los reemplazos o sustituciones que correspondan.

E) La actora deberá conocer y consentir la intervención solicitada.

6. Que a fs. 239/264 el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del a quo.

En su escrito manifiesta, en lo sustancial, que:

A) "La sentencia del Tribunal Superior ha sustentado su decisión flexibilizando en extremo la estructura normativa vigente para así prestar autorización a lo que la sentencia llama 'la inducción de un parto prematuro' cuando en realidad se autoriza la práctica de un aborto encubierto".

B) El asesor sostiene que "conmueve la actuación de este Ministerio Público tutelar la defensa del derecho de vivir para la persona por nacer dentro del vientre materno en tanto la naturaleza no provoque el proceso de alumbramiento ya que, como se dijo, de adelantarse el parto se aceleraría la muerte de mi representado".

C) En la sentencia apelada "se lesiona gravemente el derecho a la vida de un niño por nacer" y "su derecho a no ser discriminado por no nacido o por enfermo frente a otros niños por nacer que no padecen enfermedad alguna o frente a sus padres sanos".

D) "El daño psíquico de una persona, por más atendible que resulte, no puede servir de instrumento de admisibilidad para que una autoridad judicial decida sobre la vida de otra persona distinta".

E) En su opinión, nos hallaríamos "frente a un supuesto de eutanasia involuntaria impuesta al paciente siendo realmente discriminatorio que una autoridad -aun judicial- legitime la muerte de una persona en razón de la salud psíquica de otra, determinando a través de su decisión un estándar de calidad de vida como condición de nacimiento de un niño".

7. Que el recurso fue concedido a fs. 269/270. El a quo señaló que "si bien el recurrente no efectúa una crítica concreta y pormenorizada de cada uno de los argumentos expuestos en la sentencia, sí expone agravios suficientes de carácter constitucional referidos a los derechos a la vida y a la salud, nucleares para la resolución del caso".

8. Que para un correcto examen del sub lite han de precisarse qué puntos y circunstancias han sido admitidos por todas las partes y han quedado fuera de discusión. Ellos son:

I) El feto anencefálico tiene viabilidad nula ("cero"), lo cual supone "el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno al cabo de minutos y horas, menos de 12 horas" (conf. audiencia del 27 de noviembre de 2000).

II) No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de supervivencia entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses (conf. audiencia citada).

III) No ha sido cuestionado por el apelante el grave daño psicológico que sufre la actora. Al respecto, el recurrente se limita a proponer -como alternativa- que se le brinde asistencia psicológica a la madre a fin de superar las etapas de duelo por la pérdida. Debe subrayarse que en los votos que conformaron la mayoría del fallo del a quo se enfatizó la gravedad del daño psíquico que sufre y sufrirá la actora, conclusiones éstas no impugnadas por el recurrente.

IV) Las normas de derecho común en las que el Tribunal Superior fundó su decisión (en especial, los arts. 85 inc. 2 primera alternativa, y 86 2º párr. inc. 1 CPen.) no han sido tachadas de inconstitucionalidad.

9. Que también ha de tenerse presente que, de acuerdo a conocida jurisprudencia, esta Corte debe atender a las circunstancias existentes al momento del dictado de su pronunciamiento aunque ellas fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos 311:1680 y sus citas).

Desde esta perspectiva, cabe destacar que -de conformidad con las constancias de autos- la actora se encuentra en el último tramo de su embarazo, más precisamente cursa el octavo mes de gestación.

10. Que conviene comenzar afirmando que -tal como lo subraya el juez Maier, en el voto al que en este punto adhieren los restantes jueces que forman la mayoría del fallo apelado- no estamos en presencia de un pedido de aborto. En efecto, el mencionado delito supone que la muerte del feto se produzca intrauterinamente o bien como consecuencia de la expulsión prematura. En el sub examine, por el contrario, el adelantamiento del parto no estaría dirigido sino a anticipar el momento del nacimiento, y dicho adelantamiento, según consta, en nada modificaría la viabilidad del nasciturus.



La muerte se producirá, en todo caso, por motivos ajenos al alumbramiento mismo, atribuibles únicamente a la anencefalia que, desgraciadamente, la ciencia médica no se encuentra hoy en condiciones de modificar. Resulta obvio que en circunstancias normales un nacimiento provocado en el octavo mes de gestación no plantea riesgos relativos a su viabilidad. El argumento del recurrente, según el cual el feto morirá como consecuencia del adelantamiento del parto, es una falacia causal: el feto morirá por su anencefalia, nazca cuando nazca, y no por el alumbramiento que sólo será una mera ocasión del fallecimiento y no su verdadera causa. El reclamo incondicional del derecho a permanecer en el útero materno formulado por el apelante -sostenido también en la disidencia del juez Casás-, en tanto estimado como el único medio para prolongar la vida del niño, llevaría a la conclusión absurda de advenir que tanto los médicos como la madre estarían obligados a postergar artificialmente el momento de la expulsión en cuanto fuera posible, pues ésta "causaría" la muerte.

11. Que el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86 2º párr. inc. 1 CPen., que, conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma -que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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 (\*). La permisión del llamado "aborto terapéutico", tradicional en el derecho occidental, derecho que por cierto no podría ser calificado como indiferente a la protección del derecho a la vida, establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna en casos mucho más extremos que el que aquí se examina. En efecto, lo autorizado por la norma es el aborto mismo, tipo penal que, como ya se dijo, es completamente ajeno al sub lite. En autos sólo se reclama el adelantamiento del parto en un momento de la gestación en que dicho adelantamiento, por sí mismo, no es idóneo para producir la muerte en la generalidad de los casos, en que no se trata de un feto anencefálico.

12. Que resulta especioso hablar, como lo hace el apelante, de que se trata de un caso de "eutanasia involuntaria". En primer lugar, ello implica una *contradictio in adjectio*, pues, de tratarse en el caso de una eutanasia, ella sería, por definición, voluntaria. Pero, además, la eutanasia, persigue poner fin a la vida de una persona, finalidad que está ausente en la acción pretendida, donde sólo se persigue el adelantamiento del parto. El uso de la expresión "eutanasia involuntaria", en realidad, traiciona a quien la profiere, en tanto no puede dejar de reconocer que el propósito buscado por la madre no es matar a su hijo, sino poner fin a un embarazo que tiene "visos de tortura", como lo reconoció el subdirector del Hospital Sardá (fs. 61 (\*\*)).

13. Que de lo expuesto resulta que las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos 321:1415, considerando 7). En consecuencia, procede declarar su inadmisibilidad.

Por ello, oído el procurador general, se declara inadmisibile el recurso extraordinario, con costas.

DISIDENCIA DEL DR. BOGGIANO.- Considerando: 1. Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de las partes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del procurador general de la Nación, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2. Que el recurso extraordinario es formalmente admisible porque, en el caso, se ha desconocido a la persona por nacer su derecho a la vida, previsto en nuestra Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (art. 75 inc. 23 CN.; art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2 ley 23849 y títulos III y IV de la sección primera, del libro primero, del Código Civil).

3. Que, además, ese desconocimiento carece de fundamentos suficientes, lo que hace procedente la apelación e impone revocar la sentencia y rechazar la demanda de amparo. En primer lugar, no se ha indicado motivo alguno en beneficio del ser en gestación que justifique adelantar su alumbramiento; en segundo término, interrumpir el embarazo no supone darle vida -como se alude en la sentencia-, sino anticipar el momento de su muerte, debido a que la enfermedad que padece -anencefalia- provocaría el deceso inmediato o, a lo sumo, dentro de las doce horas siguientes.

4. Que, en tales condiciones, la anticipación del parto privaría a la criatura de su perspectiva de seguir viviendo en el seno materno hasta el día de su alumbramiento natural. La autorización de ese adelantamiento, conferida en la sentencia, supone convalidar una conducta cuyo inexorable desenlace es la muerte del ser en gestación. Permite, en definitiva, poner fin a una vida y coloca a los médicos en el trance de atentar contra el ideal de esa profesión, que exige luchar contra el dolor y la muerte hasta el último momento posible. Es por ello que no puede calificarse de ilegítima la denegación u omisión de los médicos de acceder al pedido de la actora.

5. Que el hecho de que la criatura sólo cuente con la posibilidad de sobrevivir extrauterinamente por un lapso no superior a doce horas, no cambia las cosas, porque la vida de la persona por nacer no se protege únicamente bajo la condición de que pueda alcanzar algún grado de autonomía vital. No hay en las normas que rigen el caso previsión alguna en ese sentido: todo ser humano desde el momento de su concepción se considera niño para la República Argentina (art. 2 ley 23849 y art. 75 inc. 23 CN.), tiene derecho a que se respete su vida, de la cual no puede ser privado arbitrariamente (art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica), y los estados parte "garantizarán en la máxima medida posible" su "supervivencia" y "desarrollo" (art. 6.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé que las personas por nacer adquieren derechos irrevocablemente si nacieren con vida "aunque fuera por instantes" (art. 70 ), y sin que a ello obste que "tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno" (art. 72 ).

6. Que tampoco se ha demostrado en autos que sean necesarios esfuerzos terapéuticos extraordinarios para mantener el curso normal del embarazo, esto es, esfuerzos de tal entidad que, en determinadas circunstancias, podrían justificar dejarlos de lado ante la evidencia de que sólo prolongan una existencia penosa o precaria postergando sin razón el derecho a morir en paz.

7. Que el sufrimiento de la madre -principalmente de ésta- es, sin duda, profundo; tampoco se duda de que pueda requerir ayuda psicológica o psiquiátrica para superar el trance. Ayuda que, por lo demás, no podría consistir en dejarla librada a su autonomía irrestricta para elegir cualquier cosa, pues cuando todas las alternativas son igualmente posibles, ya nada es vinculante, y así ninguna elección es superior a cualquier otra. La autonomía se tornaría entonces en el absurdo de tener que elegir y, empero, no tener ninguna elección válida que hacer (Philip Rieff, "The triumph of therapeutic: uses of faith after Freud", New York, 1966, p. 93). Y no es atendible, para mitigar esta situación anímica, que se prive a la criatura de las pocas semanas de vida que le quedan. Hacerlo, configuraría un arbitrario desconocimiento del derecho fundamental a la vida, que, en el caso, es superior al alegado por la madre y por tal motivo debe prevalecer sobre éste.

8. Que, por último, el argumento que se funda en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevivida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconoce el valor inconmensurable de la vida de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar.

Por ello, oído el señor procurador general de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, por no ser necesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo. Con costas por su orden.

NOTAS:

(1) LA 1995-A-26 - (2) LA 1996-C-3797 - (3) ALJA 1967-A-500 - (4) LA 1998-A-483 - (5) LA 1999-B-1831 - (6) LA 1994-B-1607 - (7) LA 1994-B-1611 - (8) LA 1994-B-1633 - (9) LA 1999-B-1806 - (10) JA 1998-IV-298 - (11) LA 1994-B-1689 - (12) LA 1994-B-1615 - (13) LA 1996-C-3372 - (14) JA 1993-IV-558 - (15) LA 1993-A-27 - (16) JA 1981-II-61 - (17) JA 1987-II-331 - (18) JA 1963-IV-849 - (19) JA 1965-II-1174 - (20) JA 1976-IV-159 - (21) JA 1976-IV-437 - (22) JA 1997-IV-112 - (23) JA 1995-III-434 - (24) JA 1985-I-513 - (25) ALJA 1853-1958-1-14 - (26) JA 1989-II-90 - (27) JA 1944-I-501 - (28) JA 1985-I-408 - (29) JA 1986-II-182

NOTAS:

(\*) Con relación a las fuentes y concordancias del art. 86 CPen., conf., por todos, Moreno, Rodolfo (h), "El Código Penal y sus antecedentes", t. III, Buenos Aires, 1923, p. 416.

(\*\*) En la expresión utilizada por la jueza Ruiz, del Tribunal Superior de la Ciudad, se trata de madres que son verdaderos "féretros ambulantes", con cita de Suplicy, Marta, Projeto de lei numero 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diario da Câmara dos Deputados, 1996, junho 6:17850, Brasil.

## **PROYECTO DE LEY DE LA DIPUTADA MARCELA LARROSA**

Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto regular los procedimientos que deben regir las actividades de los Hospitales dependientes de la Secretaria de Salud del Gobierno de la Ciudad en los casos de mujeres embarazadas, cuyos productos de la gestación padezcan "**Anencefalia**".

Art. 2º.- Los Servicios de Obstetricia y Tocoginecología deben informar de manera explícita, comprensible, por escrito y en forma inmediata, a la embarazada portadora de dicha patología, de tal circunstancia cuando la misma sea detectada.

Art. 3º.- Los procedimientos que se llevarán a cabo para su detección, estarán plenamente avalados por los correspondientes estudios clínicos y diagnósticos complementarios que justifiquen y certifiquen el diagnóstico de "**Anencefalia**".

Art. 4º.- Los procedimientos aceptados, que se deban llevar a cabo son los denominados como "parto prematuro" o "inducción al parto prematuro", a partir del cuarto (4ª) mes de gestación.

Art. 5º.- Toda mujer embarazada, a quien se le haya efectuado un diagnóstico de gestación con un producto que padece de "**Anencefalia**" tiene el derecho de recurrir a los hospitales dependientes de la Secretaria de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de serle brindada la asistencia especial que se establecen en el art. 4º de la presente ley, no requiriendo autorización judicial alguna. De haberse efectuado el diagnóstico en algún establecimiento de salud de la Seguridad Social o privado, el mismo deberá ser reconfirmado en el Hospital al cual recurra.-

Art. 6º.- Dichos procedimientos serán efectuados solo con el consentimiento por escrito de la mujer embarazada y su esposo. De no existir vínculo matrimonial con el presunto padre, será suficiente el consentimiento exclusivo de la mujer. En el caso de tratarse de mujeres menores de edad se requerirá el consentimiento de sus progenitores y/o del que ejerza la patria potestad. En caso de mayores incapaces, declarados judicialmente, la autorización debe ser concedida por sus progenitores, tutores o guardadores y en su ausencia por el Director de la Institución donde se encuentre internada.

Art. 7º.- En todos los casos deberá respetarse las características culturales y religiosas de la mujer en el marco del art. 4 , Capítulo II de la Ley Básica de Salud Nro. 153 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Art. 8º.- La presente ley comenzará a regir a partir de su publicación no siendo necesaria su reglamentación.

Art. 9º. Comuníquese, etc.

Señora Presidenta:

A raíz de haber tomado estado público un terrible desvío del devenir normal del desarrollo de un feto, por causas que aún hoy son científicamente desconocidas, han ocurrido hechos lamentables que afectan a las mujeres embarazadas que no pueden soportar psicológicamente la continuación de su embarazo, conociendo las consecuencias de imposibilidad de supervivencia para el hijo esperado.

Tener que recurrir al Poder Judicial con acciones de amparo, no solo les irroga gastos de los profesionales abogados, sino que además las somete a la tensión y stress propios del trámite y que se ven incrementados ante la posibilidad de que su demanda tome estado público.

A ello debe adicionarse la actitud de algunos Magistrados y otros funcionarios del Fuero que mostrando una omnipotencia y soberbia intolerables, lesionan desde todo punto de vista los derechos de los habitantes de nuestra ciudad.-

Nos referimos a todos los habitantes, pues desde el momento que la mujer afectada por esta grave afección del feto comparte con los demás integrantes del núcleo familiar , su problema -conflicto psico-físico.- todos se encuentran involucrados en el mismo y en la forma de hacer frente tanto al conflicto, como al de encontrar la solución y la contención emocional de la madre.

La **anencefalia** es conocida de antiguo y en algún momento se consideró una señal de los dioses.- Pero hemos avanzado.

Hoy en día la clínica obstétrica cuenta con un arsenal de herramientas para efectuar el diagnóstico relativamente precoz de esta afección, y con esta Ley esperamos que se evitará en lo posible el aumento de los conflictos físicos, psicológicos, legales y también económicos de la mujer embarazada con esta problemática, permitiendo a la misma una menos traumática solución a su problema.

Si bien el adelanto tecnológico que significó la utilización de la ultrasonografía permitió adelantar en el tiempo y mejorar el diagnóstico de esta terrible afección, se choca actualmente con la actitud "corporativista" de los médicos como la define el juez Roberto Gallardo, como así de la "confusión conceptual" de los mismos.-

En esta puja entre profesionales médicos y abogados, la que pierde es la mujer que debe seguir adelante con un embarazo que habiendo sido querido, resulta por ser altamente patológico y sin ninguna posibilidad de sobrevida inmediata al parto, una terrible y pesada carga.-

Señora Presidenta, la "**anencefalia**" es una falla en la conformación del cráneo que va desde la ausencia de los huesos que componen la calota, hasta la disminución y o ausencia de ambos hemisferios cerebrales.-

Es necesario dejar de analizar esta terrible malformación que no tiene causa científica determinada. Aceptar que la misma no es compatible con la vida bajo ningún concepto, hace que lo fundamental sea solucionar el problema físico, para evitar un mal mayor cual es el deterioro de la salud psicofísica de la mujer que debe atravesar por esta grave situación.-

Por tales fundamentos solicito la aprobación de la presente Ley.

## **LEY 1044 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley

Artículo 1º.- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto regular, en el marco de lo establecido por la Ley N° 153, el procedimiento en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida.

Artículo 2º.- Feto inviable.

A efectos de la aplicación de esta Ley se entiende que un feto padece una patología incompatible con la vida cuando presenta gravísimas malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intraútero o a las pocas horas de nacer.

Artículo 3º.- Diagnóstico.

La incompatibilidad con la vida extrauterina debe ser fehacientemente comprobada por el médico tratante de la mujer embarazada mediante la realización de dos (2) ecografías

obstétricas, en las que deberá consignarse el número del documento de identidad de la gestante o su impresión dígito-pulgar.

Artículo 4°.- Información. Plazo. Forma.

Dentro de las setenta y dos (72) horas de la confirmación del diagnóstico referido por el artículo 2°, el médico tratante está obligado a informar a la mujer embarazada y al padre, si compareciere, explicándoles de manera clara y acorde con sus capacidades de comprensión, el diagnóstico y el pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de continuar o adelantar el parto, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la gestante.

Artículo 5°.- Atención Psicoterapéutica.

El establecimiento asistencial del sistema de salud debe brindar tratamiento psicoterapéutico a la gestante y su grupo familiar desde el momento en que es informada de las características del embarazo y hasta su rehabilitación.

Artículo 6°.- Adelantamiento del Parto. Requisitos.

Si la gestante, informada en los términos del artículo 4°, decide adelantar el parto, se procederá a la realización de dicha práctica médica una vez cumplidos los siguientes requisitos indispensables y suficientes:

- a) Certificación de la inviabilidad del feto registrada en la historia clínica de la embarazada, con rúbrica del médico tratante, del médico ecografista y del director del establecimiento asistencial.
- b) Consentimiento informado de la mujer embarazada, prestado en la forma prescripta por el Decreto N° 208/01.
- c) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Artículo 7°.- Instrucciones.

El Poder Ejecutivo instruirá debidamente al equipo de salud y funcionarios que se desempeñan en los efectores del subsector estatal de salud sobre el procedimiento establecido por esta ley, dentro del plazo de quince (15) días desde su promulgación.

Artículo 8°.- Objeción de conciencia. Procedimiento de reemplazos.

Se respeta la objeción de conciencia respecto de la práctica enunciada en el artículo 6° en los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología del subsector estatal de salud. Los directivos del establecimiento asistencial que corresponda y la Secretaría de Salud están obligados a disponer o a exigir que se dispongan los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata.

Artículo 9°.- Prestaciones estatales.

Los efectores del subsector estatal de salud que brinden la prestación regulada por la presente Ley a adherentes del subsector privado o a beneficiarias del subsector de la seguridad social, deberán obrar acorde lo establecido por los artículos 43 y 46 de la Ley N°153.

Artículo 10°.- Comuníquese, etc.

CRISITIAN CARAM

JUAN MANUEL ALEMANY

## PROYECTO DE LEY DE LA DIPUTADA MARGARITA STOLBIZER

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Incorpórase al artículo 86 del Código Penal argentino el inciso 3, que quedará redactado de la siguiente forma:

[...]

...y en los casos de embarazo con diagnóstico de anencefalia fetal.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Margarita R. Stolbizer. – Lilia J. G. Puig de Stubrin. – Cristian A. Ritondo. – María T. Ferrín. – Rosario M. Romero. –

Patricia E. Panzoni.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto de ley tiene como objeto ampliar la permisividad del aborto establecido en el artículo 86 del Código Penal, para aquellos casos en que el feto padece de anencefalia.

Sabido es que en los casos de anencefalia resulta indiscutible, previo estudio y resolución de los profesionales competentes, que el feto tiene viabilidad nula en la vida futura, y que prolongar dicho embarazo representa un serio peligro, a más del daño psíquico actual y futuro para la madre. Así precisamente lo demuestran los estudios científicos que informan sobre el particular, de manera pacífica y reiterada.

La anencefalia se caracteriza por la ausencia parcial o completa de la bóveda y la calota craneal y la ausencia parcial o completa de los hemisferios cerebrales, lo cual es incompatible con la vida. Al menos 2/3 de los pacientes con anencefalia nacen muertos; los nacidos a término sólo sobreviven unas horas.

La ciencia médica más autorizada sostiene que prolongar el embarazo de un feto anencefálico tiene visos de tortura no sólo para su madre sino también para su entorno familiar.

La negativa de las autoridades hospitalarias para inducir el aborto solicitado por la madre sin una orden judicial lesiona el derecho a la salud física y psíquica de la mujer y la protección integral de la familia (cónyuge, hijos). La dilación a través del acto administrativo que impide una resolución inmediata, agrava aún más la urgencia que caracteriza a la situación planteada.



En definitiva, la deficiencia de que adolece el nasciturus se encuentra entre aquellas que son extremas y que por cierto impiden su viabilidad.

Es decir que nos encontramos ante una situación en que el aborto practicado por un médico y bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada o su representante legal, no es punible porque el feto es inviable.

El aborto realizado con el diagnóstico médico correspondiente al cuadro anencefálico implica en consecuencia una causal de justificación e impunidad y en definitiva importa una conducta ajustada a derecho. Mayor sustento encuentra el acto practicado si tiene como finalidad la de interrumpir el proceso de gestación para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre.

En ese orden de ideas, cabe recordar el antecedente jurisprudencial “T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” –expediente T-421/2000–, en el que la Corte Suprema de Justicia nacional falló a favor de la inducción del parto. Podemos destacar el voto del señor ministro doctor Gustavo Bossert, quien expresó que “en el presente caso, la causa de la muerte del niño será la anencefalia y no la inducción del parto. Ello conduce a advertir que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del nasciturus no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina” (sic).

Respaldan este proyecto los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículos 1º y 11); Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 3º y 25). El Acta de 1967 del Parlamento del Reino Unido contempla la situación de riesgo para la vida de la mujer, o un peligro para su salud mental o física, o para cualquier niño existente en la familia. En la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), leemos: “Nadie debe ser sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes...”, también la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (artículos 10, 20, 21 y 22) y la Ley Básica de Salud (ley 153, artículo 1º) ponen un especial énfasis en el cumplimiento de los derechos a la salud cuando se trata de mujeres, en correspondencia con la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12).

El desarrollo de modernas tecnologías y los avances del conocimiento científico, dan lugar al planteo de problemáticas imposibles de imaginar veinte años atrás, que ponen en crisis muchas de las categorías con las que (desde el derecho) se definían la vida, la muerte, la salud y la enfermedad. Situaciones como las que originan el presente proyecto nunca hubieran llegado a tratarse sin la intervención de las ecografías y diagnósticos por imagen, que pueden confirmar la existencia de una patología congénita, irreversible y definitiva como es el diagnóstico de anencefalia.

Así, al incorporar al artículo 86 del Código Penal argentino, el inciso 31, venimos a llenar un vacío legal y de esa manera adecuar nuestra legislación con los avances de la ciencia médica moderna, los principios bioéticos y la ley comparada más avanzada sobre la materia.

Debo resaltar por último, que el presente proyecto es fruto del trabajo llevado a cabo por la diputada Liliana Lissi (m.c.) durante el año 2001, respecto del cual la suscrita acompañó la iniciativa con su firma y en virtud de su pérdida de vigencia es que, en el entendimiento de que los fundamentos precedentemente expuestos constituyen suficiente andamiaje para su aprobación, es que lo someto a consideración de mis pares.

Margarita R. Stolbizer. – Lilia J. G. Puig de Stubrin. – Cristian A. Ritondo. – María T. Ferrín. – Rosario M. Romero. – Patricia E. Panzoni.  
–A las comisiones de Legislación Penal y de Familia...

### Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

#### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>Bee Sellares María Alicia</b>
E-mail:	<a href="mailto:mabeesellares@hotmail.com">mabeesellares@hotmail.com</a>
Título de grado que obtiene:	<b>Abogada</b>

#### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>El aborto terapéutico en los fetos anencefálicos: su aplicación en el derecho penal argentino</b>
Título del TFG en inglés	<b>Therapeutic abortation in anencephalic fetuses: its application in criminal law argentine</b>
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	<b>Proyecto de investigación aplicada</b>
Integrantes de la CAE	<b>Cristina González Unzueta - Lorena Elbaum</b>
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>11/12/12</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<b>TFG en formato PDF, formulario descriptivo, resumen y abstract</b>

#### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

##### Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de ..... mes(es)**
- No autorizo**

\_\_\_\_\_  
Firma del alumno