

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

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 (fs. 104/106), disposición que fuera confirmada por la Cámara de Apelaciones del fuero (fs. 127/136).

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 (fs. 172/174) y al fiscal (fs. 175/178), 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. (fs. 179/235).

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 reque-

rida, 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

Procuración General de la Nación

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 (fs. 239/264), luego de explayarse 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 ver-

dad, se autoriza la práctica de un aborto encubierto.

Indicó, con sustento en la Convención de Derechos del Niño (ley 23.849), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) 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 artículo 14 bis de la Constitución Nacional, 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

Procuración General de la Nación

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; 260:114; 295:376 y 879; 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 per-

sona desde el momento mismo de su concepción.

Los artículos 63, 70 y 264 del *Código Civil* 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" (artículo 4.1).

La *Convención sobre los Derechos del Niño* (artículo 1º) reconoce el "derecho intrínseco a la vida" que tiene todo niño concepto que en la Argentina es sancionado por la ley 23.849.

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" (artículos 1º y 2º), 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

Procuración General de la Nación

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" (artículos 1, 2.1. y 3).

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

nales transcriptos- 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 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 (artículo 75 inc. 22º de la Ley Suprema)".

Tesitura que esta Procuración General ha compartido

Procuración General de la Nación

y en algunos casos, sustentado, reafirmando la prevalencia del *interés superior del niño* por sobre toda otra consideración en los Fallos 318:1269; 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

Procuración General de la Nación

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.

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 requieran 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 vs. Wade", 410 US 113, continuando en "Doe vs. Bolton", 410 US 179 y sus consecuentes "Conneticut vs. Menillo", 423 US 9; "City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health", 462 US 416; "Planned Parenthood Asso-

ciation of Kansas City, Mo. vs. Ashcroft", 462 US 476; "Simopoulos vs. Virginia", 462 US 506; "Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologist", 476 US 474; "Mazurek vs. 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)

Procuración General de la Nación

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 fuese, 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 dere-

cho 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 artículo 85 del Código Penal.

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 de-

Procuración General de la Nación

recho 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) CP): "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 indica-

ción 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 ex-**

Procuración General de la Nación

tremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto -artículo 85 del Código Penal-.

Como ya se ha afirmado en otras instancias, aquí no se trata de dirigir la interrupción, como lo exige el tipo subjetivo del artículo 85 del Código Penal, 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 momento 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 artículo 85 del Código Penal: 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 "objeción 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.

Buenos Aires, 8 de enero de 2001.

Es Copia

Nicolás Eduardo Becerra

T. 421. XXXVI.
T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos
Aires s/ amparo.

Procuración General de la Nación

En la Ciudad de Buenos Aires, a los once días del mes de enero de 2001, reunidos en la sala de acuerdos el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor don Julio S. Nazareno, el señor Vicepresidente, doctor don Eduardo Moliné O'Connor, y los señores Ministros doctores don Carlos S. Fayt, don Augusto César Belluscio, don Antonio Boggiano, don Guillermo A. F. López y don Gustavo A. Bossert, el secretario de feria (conf. acordada 32/2000), doctor Rubén Héctor Gorría, informó que, en el día de la fecha, el doctor Enrique Santiago Petracchi suscribió su voto en la causa T.421 XXXVI "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" y manifestó que, debido a dificultades para obtener otro pasaje apropiado, debía emprender el regreso al lugar en el que se hallaba de vacaciones junto a su familia antes de la hora fijada para que comience el acuerdo concierne a dicha causa. Los jueces reunidos en acuerdo consideraron atendibles las razones expuestas dado lo excepcional y urgente de la convocatoria decidida en los autos de referencia, y mandaron que se incorpore el voto del juez Petracchi a la sentencia y se agregue la presente acta en el Libro de Sentencias respectivo. Dispuesto lo cual, firmaron por ante mi que doy fe. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT.

RUBEN HECTOR GORRIA.

ES COPIA

T. 421. XXXVI.
T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos
Aires s/ amparo.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 11 de enero de 2001.

Vistos los autos: "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

Considerando:

1º) 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 señor Defensor Oficial se expidió en fs. 340/344 y el señor Procurador General de la Nación lo hizo en fs. 348/358.

2º) 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 de la Constitución Nacional 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 23.849 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.

3º) 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 Suprema de Justicia de la Nación

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...".

4º) 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 decurso 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 so-

lución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro ("Roe v. Wade", 410 U.S. 113 - 1973).

5º) 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.

6º) 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 sobrevivida, 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".

7º) 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?" (fs. 250).

En idéntico sentido se ha expresado el señor Defensor Oficial subrogante ante esta Corte, al mantener el recurso federal (fs. 340/344).

8º) Que, por penoso que ello sea, es menester admitir que los diagnósticos médicos no prevén posibilidades de sobrevivida 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.

9º) 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 ve 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 (ver fs. 58); el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita.

El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 de la ley 23.849 -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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 señor Procurador General, se confirma la decisión recurrida



T. 421. XXXVI.
T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos
Aires s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

en cuanto a los alcances de la resolución dictada a fs.
233/235. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JULIO S.
NAZARENO (en disidencia)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S.
FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
(en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- GUILLERMO
A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-// -TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

1º) 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).

2º) Que ante la negativa del personal del hospital a realizar esa medida, la peticionante promovió acción de amparo ante el Juzgado nº 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.

3º) 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 de la ley 23.849 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.

4º) 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 pe-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ligro 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 Ministe-

rio 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.

9º) 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 de la Constitución Nacional 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 23.849 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 hospi-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

tal 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, remediando 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 arbitrario-

dad 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 irremediablemente, 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 irremediablemente 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, de la Constitución Nacional), 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 3º 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, pág. 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. GUSTAVO A. BOSSERT.

ES COPIA

DISI-/-

-//--DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO

Considerando:

1º) 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 (fs. 179/235) el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 239/264) que, previo traslado a los interesados, le fue concedido (fs. 269/270).

2º) 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. 3º de la ley 48).

3º) 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 obs-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

tetra 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 Sarda" 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 negritas pertenecen al original).

4º) 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. 1º 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.

5º) 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,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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: 1°) que la autorización judicial pedida en el amparo no constituye un aborto en los términos de la ley penal (fs. 188/190); 2°) 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 (CN, 18 y 19)" (fs. 191, último párrafo); 3°) que los fallos anteriores confunden la definición de aborto como figura penal "con la mera interrupción voluntaria del embarazo" (fs. 192); 4°) 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 del Código Civil (fs. 192, último párrafo y 193); 5°) que "muchos moralistas católicos de renombre tienen posición tomada a favor de esta ope-

ración 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. 1º del Código Penal "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 ella 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); 10) 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); 11) 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); 12) "¿Por qué negar o impedir un parto anticipado en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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); 13) 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).

7º) 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 negritas y el subrayado 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?.

8º) Que para dar respuesta a la primera de las pre-

guntas 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 del Código Civil), la ley define a las personas como "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" (art. 30 del cód. cit.) 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 cód. cit.) 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, cód. cit.).

La disposición transcripta 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 de la Constitución Nacional; art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 6.1. de la Convención sobre Derechos del Niño y art. 2º de la ley 23.849).

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, Editorial Perrot, Buenos Aires, 5ta. edición, T. I, pág. 249, número 320), pero cuyo cabal significado corresponde establecer en el sub examine.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 del Código Civil 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 trasgos 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 negritas 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, págs. 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 descubierta 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 págs. 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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" Abeledo Perrot, 2000, págs. 20 y 21, ver nota 52 en pág. 21 concorde con Curtis Helena, "Biología" 4ta. ed., Medicina panamericana, México 1985, págs. 267 y sgtes.; Martínez Picabea de Giorgiutti, E. "Aproximación a la problemática actual en biogenética", Celam, Bogotá 1985; Diccionario Médico Salvat, 3ra, ed., Barcelona, 1990; Thompson, J.S. - Thompson M.W. "Genética Médica", 3ra. 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 del Código Civil). 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, volúmen 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). Por otro lado, la ecografía practicada a la madre revela la existencia de un proceso vital en desa-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

rollo 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 (fs. 7/11).

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, pág. 232, primera columna, el subrayado 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. págs. 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 del Código Civil) -la anencefalia- que no altera su condición (art. 63 del cód. cit.). Ha de entenderse, entonces, que la inexistencia o malformación del cere-

bro 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 bÍlis', 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 Gonzalez, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2000, págs. 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 del Código



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Civil en su obra "Derecho Civil Argentino, Personas Individuales", Editorial Depalma, 1946 págs. 31 y sgtes., en particular, pág. 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, págs. 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 del Código Civil).

9º) 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 funda-

mental 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, segundo párrafo, de la Constitución Nacional 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" (el subrayado 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 de la Constitución Nacional), 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" (el subrayado 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 Partes 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 el subrayado 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 23.849, aprobatoria de esta Convención,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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, el subrayado 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; concordemente 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 de la Constitución Nacional) 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; 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; 307:518 y 993); 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 Partes, 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 partes o



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 negándoselo, 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 Partes 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 negritas 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, 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 del Pacto de San José de Costa Rica; 2º 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 sobrevida aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 (C.N. 18 y 19)" (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°).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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) "Jus-

ticia", 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. 1º); 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 de la ley 27) y la jurisprudencia (vgr. "Heyburn'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 fue-

ron 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" pág. 37, ver también el caso "Doe vs. Bolton" en págs. 5, 42 y 140).

En lo que respecta al sub judice 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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, pág. 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 señor 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. JULIO S. NAZARENO.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO

PETRACCHI

Considerando:

1º) 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 *materiado 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 pro-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ceda 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.

6º) 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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".

7º) 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".

8º) 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. 2º, primera alternativa, y 86, segundo párrafo, inc. 1º del Código Penal) no han sido tachadas de inconstitucionalidad.

9º) 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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, segundo párrafo, inc. 1º, del Código Penal, 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 medios¹. 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

¹ Con relación a las fuentes y concordancias del art. 86 del C.P., conf., por todos, Moreno, Rodolfo (h), "El Código Penal y sus antecedentes", t. III, Buenos Aires, 1923, pág. 416.

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)².

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

² 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.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 321:1415, considerando 7º). En consecuencia, procede declarar su inadmisibilidad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara inadmisibile el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.
ES COPIA

DISI-//-

-// -DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) 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 señor Procurador General de la Nación, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) 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, de la Constitución Nacional; art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2º de la ley 23.849 y títulos III y IV de la sección primera, del libro primero, del Código Civil).

3º) 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.

4º) 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 de-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

finitiva, 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.

5º) 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. 2º de la ley 23.849 y art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional), 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).

6º) 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.

7º) 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 the therapeutic: uses of faith after Freud", New York, 1966, pág. 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.

8º) 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 incommensurable 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. Notifíquese en el día y, oportunamente, remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA