

PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

EXPEDIENTE N° 715/ PJCABA/ TSJ/ 00

Buenos Aires, 26/12/2000

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta:

1. La Sra. S. T. inició, ante la justicia en lo contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad, acción de amparo “contra el Hospital Materno Infantil ‘Ramón Sardá’ ... por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a realizarme una inducción al parto” (fs. 15/20). Con mayor precisión, en el petitorio de su escrito, punto 3, solicita que se “proceda a inducirme el parto o, eventualmente, practicarme la intervención quirúrgica de cesárea, fijándose un plazo perentorio para el cumplimiento” (fs. 20 vuelta).

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

Adjunta la siguiente prueba documental: a) partida de matrimonio (fs. 2); b) partida de nacimiento de su hija S. A. (fs. 1); c) informe 879, expedido por el Hospital y de fecha 23/10/2000, del que surge la edad de gestación (21, +/- 1, semanas) y en cuyo ítem “Observaciones” se lee “No se observa calota craneana - Dx: Anancefalia” (fs. 11); d) evaluación psicológica de la amparista y de su grupo familiar, que concluye en los siguientes términos: “Están expuestos a seguir soportando una situación altamente traumática para cada uno de ellos, produciendo las consecuencias ya descriptas como daño psíquico” (fs. 12/14, suscripto por la Lic. Costa), y e) copia de la nota presentada ante el Hospital, de fecha 2/11/2000 (fs. 3/6).

Además de sostener que la negativa de las autoridades hospitalarias lesiona su derechos a la vida, salud e integridad consagrados en tratados internacionales, las constituciones nacional y local y en la legislación local, refiere el carácter terriblemente trágico de la situación, así como el sufrimiento y el “más profundo dolor que jamás hubiésemos sentido” (fs. 15 vuelta).

2. La fiscalía n° 1 ante el fuero, en su dictamen, postuló la competencia de la justicia contencioso-administrativa y tributaria local para entender en el amparo (fs. 22)

3. El Asesor Tutelar también sostuvo la competencia de la justicia contencioso-administrativa y tributaria local (fs. 24/30) y solicitó el rechazo “in límine” de la acción, pues entiende que se trata de “un caso de eutanasia involuntaria” y que aquello que el amparista solicita es “la realización de una práctica abortiva”. Sostiene que “dicha petición no tiene sustento legal, que a contrario encuentra serio impedimento en las normas que fulminan con la ilicitud a la conducta por la cual se solicita la orden judicial” (fs. ). Agrega que “aún cuando la actora entienda que lo que está pidiendo aquí es una autorización para cumplir con una conducta especialmente despenalizada, no haría falta autorización judicial alguna, porque la conducta quedaría desincriminada luego de cometida, con la eventual intervención posterior del juez penal”.

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

4. La jueza interviniente se declaró incompetente (fs. 33/35), decisión que es recurrida por la fiscalía (fs. 36/38) y la asesoría tutelar (fs. 40/45).

5. La Sala I de la Cámara, concordantemente con lo dictaminado por la fiscal que actúa ante la Cámara (fs. 50/51), revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia (fs. 53/54).

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

El Dr. Illía adjuntó un dictamen del Comité de Bioética del Hospital, donde se expone lo siguiente: “El feto, que se encuentra comprometido con anacefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Por lo tanto si la portadora de un embarazo de estas características, que sea legalmente hábil, solicita la interrupción del mismo y si ha sido fehacientemente informada de las implicancias de su decisión, este Comité de Bioética, basado en el principio Bioético de Autonomía respecto de las decisiones personales auto referentes y de Beneficencia respecto de aquello que contempla el mejor interés de la paciente con relación a su salud, entendiendo la misma como un estado de completo bienestar bio-psico-social, no tiene objeciones a su pedido” (fs. 58, dictamen suscripto por la Dra. Butta, psicóloga; la Dra. Rittler, genética médica; la Dra. Ruiz, Jefa de Departamento de Diagnóstico y Tratamiento; el Dr. Trevan, Servicio Tocoginecología, y el Dr. Defiore, abogado).

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

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

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

7. La Cámara, por mayoría, decidió que el amparo sea sustanciado en dicha instancia y le requirió a la demandada el informe previsto en la ley 16.986, art. 8 (fs. 62/66).

8. El Gobierno de la Ciudad, como toda contestación, adjuntó un informe producido por el Director del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá (nota 2689), a cuyos términos se remite (fs. 87).

El Director del Hospital, Dr. Argento, entiende que se solicita “la realización de actos médicos tendientes a lograr la interrupción del embarazo que cursa la Sra. S. T.”, ante lo cual considera “que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado”. No obstante, aclara “que de así decidirlo el órgano jurisdiccional competente, este Hospital no tendría inconveniente en realizar el acto médico de interrupción del embarazo” (fs.81).

9. El Asesor Tutelar, ante la decisión de la Cámara de tramitar el amparo en dicha instancia, interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 67/73) y, ante su denegación, recurso de queja ante el TSJ.

El TSJ, recalificando el recurso en los términos del inc. 4, art. 113, CCBA y del inc. 7, art. 26, ley 7, remitió las actuaciones al juzgado de primera instancia a fin de que resuelva el amparo y, a la vez,

fijó plazos acordes a la urgencia del caso para la tramitación de los recursos, si los hubiera (fs. 99/102).

10. La titular del juzgado de primera instancia en lo contencioso-administrativo y tributario n° 7, rechazó la acción de amparo. Para así resolver entendió que lo peticionado es una interrupción de embarazo en los términos del art. 86, inc. 1, del Código Penal, pues de lo contrario se estaría solicitando una autorización para delinquir. Agrega que “si efectivamente se verificaran las condiciones para considerar que se trata de una interrupción de embarazo desincriminada por la ley penal, ninguna autorización judicial se requeriría para tal fin”. Sin embargo, concluye que, de acuerdo a las constancias de la causa, no se ha demostrado el daño a la salud de la madre exigida por la citada cláusula del Código Penal (fs. 104/106).

11. La Sala I de la Cámara rechazó, por mayoría, el recurso de apelación deducido por la amparista (fs. 111/113) y, por ende, confirmó la sentencia apelada (fs. 127/135).

12. Frente a la anterior decisión, la Sra. S. T. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 141/142), el que fue contestado tanto por el Gobierno de la Ciudad (fs. 158/160) como por el Asesor Tutelar (fs. 148), y concedido por la Cámara (fs. 161).

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

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

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

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

13. El Asesor Tutelar General, en su dictamen, luego de sostener que no se ha articulado con debida precisión un caso constitucional, se remite en lo fundamental a lo expuesto por el Asesor Tutelar (fs. 172/174).

14. El Fiscal General, en su dictamen, entiende que hay una disyuntiva entre los derechos de la madre y el hijo por nacer, debiendo privilegiarse los de este último (fs. 175/178).

Fundamentos:

El Juez Julio B. J. Maier dijo:

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

2. La actora impugna la falta de decisión y ejecución (omisión), por parte de los médicos de un Hospital de la Ciudad, de una interrupción de su embarazo para provocar un alumbramiento prematuro de un feto anencéfalo, esto es, sin calota craneana ni hemisferios cerebrales, intervención que, sin embargo, fue diagnosticada y aceptada por los padres. Pretende una decisión positiva de parte de un tribunal, que faculte a los médicos a realizarla, pues la razón de ser de la falta de ejecución de la solución diagnosticada consiste, precisamente, en la perplejidad de los médicos frente a las reglas jurídicas que rigen el caso, que es cierto no permiten una definición concreta

sencilla desde el punto de vista del orden jurídico ¿prohibido - permitido?, en su caso, consecuencias, ya por oscuridad de la ley, ya por falta de previsión concreta (laguna), ya porque la praxis judicial no alcanza el grado de generalidad y aceptación que permitiría develar la interpretación correcta del caso frente al orden jurídico. Este mismo caso es, sin duda, la mejor prueba de ello.

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

Esa argumentación básica se ha mantenido durante todo el proceso constitucional directo, con mención de diferentes reglas de la CCBA (fundamentalmente, arts. 14, 20 y 37), de la CN y de diferentes convenciones internacionales incorporadas a ella, hasta culminar en este recurso, razón por la cual no cabe, frente al caso, rechazar el recurso por inadmisibilidad formal, acudiendo a su falta de fundamentación, a su escasa fundamentación o a motivación introducida en el recurso, como lo pretenden el Gobierno de la Ciudad y el Asesor de incapaces. El caso representa, desde su iniciación, una confrontación directa entre la decisión de los padres acerca de la interrupción del embarazo, aconsejada o prevista médicamente, y el cúmulo de reglas constitucionales y reglamentarias comunes que pretenden dilucidar el conflicto entre la vida de una persona por nacer, pre- o posparto. Por esta razón nadie puede invocar en esta instancia, bajo pretexto alguno, la exclusión de algún motivo de análisis, dado que, durante el trascurso del breve proceso se ha puesto en juego tanto reglas constitucionales relativas a la vida, a su comienzo, a la salud, tanto física como síquica, extendida a la integración familiar, y a las reglas penales que prohíben el aborto y sus consecuencias, o, por lo contrario, que permiten la interrupción del embarazo o el alumbramiento prematuro, reglamentarias de aquellos derechos. Mirar el caso con la restricción de un ángulo jurídico determinado, en un proceso de orden constitucional directo, limitaría irracionalmente su contemplación a la luz del orden jurídico vigente, único objeto de la acción establecida y razón de ser de la negación médica de inducir un alumbramiento prematuro o practicar una operación con ese fin.

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

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

La sentencia, en principio, no ha omitido valoración alguna; por lo contrario, más allá del juicio acerca de su acierto o desacierto, ella ha precisado con rigor el valor que concede a los elementos de prueba introducidos al procedimiento, que le fueron útiles para determinar el caso y su contexto. La distinta valoración por el recurrente de un elemento de prueba no autoriza el recurso, pues no constituye uno de sus motivos. Y, por último, la manera en que se combinan los distintos segmentos de nuestro orden jurídico para resolver el conflicto planteado, constituye, precisamente, la contrariedad del recurrente con la decisión y el objeto de análisis del Tribunal: a este respecto la sentencia en crisis no carece de fundamentación, por lo contrario, la posee, pero en distinto sentido que aquél que funda la pretensión del recurrente; de ninguna manera esa sentencia acierte o yerre

puede asimilarse a la determinación de un fundamento tal que se equipare a la falta de fundamentación y la constituya en la expresión de la voluntad de los magistrados, prescindiendo de la voluntad de la ley, o en una exposición caprichosa. Sin embargo, aun con partida en este punto de vista, se debe reconocer que el recurso señala, con acierto, que los votos decisivos de la sentencia omiten por completo valorar el informe psicológico, con la excusa de que él no posee la firma del facultativo que lo emitió. Debe decirse al respecto que, si bien esa omisión puede privar al informe de su característica de documento (privado), no lo priva, en cambio, de su existencia como tal por tanto, valorable, confirmada por la asistencia de quien lo emitió a la audiencia convocada por la Cámara, sin reserva alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

consistente en traer al mundo un nuevo ser vivo.” (del informe del Dr. Juan D. Argento, Director del Hospital, acompañado a la causa por el Gobierno de la Ciudad).

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

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

### III

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

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

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

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

En primer lugar, es indispensable la existencia de un feto vivo (pues, como se verá, el delito consiste en matarlo); sin necesidad alguna de problematizar el momento inicial y final de la existencia de un

feto, objeto de múltiples discusiones científico-biológicas, morales y jurídicas, ello menta, al menos en idioma vulgar, la existencia de un ser concebido por la unión femenino-masculina que se explicita mediante el verbo procrear (aquí también pueden plantearse múltiples discusiones). Pero todos los problemas que pueden existir para determinar la existencia del feto son aquí insustanciales porque el caso no los presenta: la señora T. ha concebido con su marido el feto que lleva en su vientre desde hace tiempo. El primer elemento, entonces, está presente en el caso.

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

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

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

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

Tan cierto es que la vida no se cercenará por la expulsión prematura, que los médicos, curiosamente, se han atrevido a determinar que, según práctica corriente, no recibirá auxilio alguno posnatal, sin

duda una decisión más fuerte penalmente que aquella de la expulsión anticipada, pues se trata de omitir todo auxilio a un ser vivo, en situación de desamparo e incapaz de valerse por sí mismo.

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

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

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

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

conforme al fundado criterio médico no afectaría la vida del nasciturus en el supuesto e hipotético caso ciertamente improbable conforme a las constancias de la causa [en el caso no se trataba de anencefalia sino de una grave malformación craneana y cerebral, si se quiere, afectación más 'benigna' que la de este caso, denominada Holoprosencefalia Alobar] que el mismo fuera viable”.

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

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

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

2. No es extraño a esta determinación nuestro propio Código Civil, pese a su antigüedad, y mucho menos el Derecho romano del que procede. La nota a su art. 70, que parafrasea a Savigny, reporta la condición entre otras de que el hijo nacido, para ser considerado persona, “sea una criatura humana”. Y aclara sobre este punto al final: “En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser, según la expresión de los romanos, ni monstrum ni prodigium; pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos [que Vélez Sarsfield cita en notas] no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad.” [cita aquí “Las

leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas”]. Parece claro que los antiguos conocieron niños anencéfalos, aunque la ciencia médica de la época no alcanzara todavía a explicar la etiología y características de la malformación, como lo hace ahora (cf. AA.VV. [The medical task force on anencephaly], The infant with anencephaly, en “The new England Journal of Medicine”, Vol. 322, N° 10, ps. 669 y ss., con múltiples datos acerca de este caso médico); y, más aún, parece claro que tuvieron estos nacimientos y les negaron, como las opiniones trascritas antes, “signos de humanidad”, esto es, la calidad de persona humana. La perplejidad de los antiguos ante el caso parece similar a la confesada por mí en el párrafo anterior, pero ellos decidieron desconocer a estos niños su calidad de criatura humana, con lo cual, según hemos dicho, careceríamos de otro de los elementos que configura la prohibición de abortar.

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

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

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

Comencemos por decir que esa autorización no se puede confundir como sucede efectivamente en un voto de la sentencia en crisis con la más general que contiene el art. 34, inc. 3°, del CP: estado de necesidad (Soler, Sebastián, Derecho penal argentino T.E.A., Buenos Aires, 1956, t. III, ps. 127 y s.; Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1964, t. I, ps. 338 y ss.). La del inc. 1° del art. 86, CP, es también, como aquélla, una causa de justificación, pero, a contrario de aquélla, representa sólo una autorización específica, que rige únicamente para el delito de aborto y se distingue del estado de necesidad genérico por características propias. Por lo pronto, es claro que la autorización para interrumpir el embarazo depende, en este caso, de mayores exigencias, no contenidas en el estado de necesidad general: la decisión médica que lo prescribe y lo ejecuta, y el consentimiento de la mujer encinta. En segundo lugar, ella no depende de la inminencia del conflicto entre dos bienes jurídicos, porque la autorización depende tan sólo de un diagnóstico médico que torne probable el conflicto, en el futuro no así actualmente, caso en el cual operaría el estado de necesidad genérico, entre la vida de la persona por nacer y la vida o la salud de la madre.

Pero, además, también discrepan ambas autorizaciones en la ponderación del rango de los bienes jurídicos en juego. En el choque de vida (del nasciturus) vs. vida (de la madre), el llamado aborto terapéutico o necesario privilegia claramente la vida de la madre incluso como riesgo eventual, mientras que el estado de necesidad genérico no permite concluir así o, por lo menos, no lo permite con claridad (el famoso ejemplo académico de la tabula unius capax). Ello se magnifica aún más cuando la disposición, a diferencia de la del estado de necesidad (salvar el mal mayor con sacrificio del menor), privilegia la salud de la madre (mal menor) frente a la vida del niño por nacer (mal mayor, en la definición tradicional). Sin duda, esta disposición constituye una reglamentación del derecho a la vida y del derecho a la salud, o de su conflicto en ese caso genérico, valores básicos reconocidos tanto al niño por nacer como a la madre, no sólo por nuestras leyes fundamentales, sino, incluso, internacionalmente, según se ha puesto de manifiesto repetidamente en este procedimiento. Vale la pena acotar que por salud de la madre no se puede entender hoy tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, como lo explicita nuestra Constitución (CCBA, 20, I), él comprende, también, aquellos daños síquicos quizás también orgánicos, aunque no los percibamos sensorialmente y, en tanto la madre integra una familia, aquellos que pueden derivar para su salud de la afectación de otros miembros de su familia (cónyuge, hijos). El problema aquí resulta, antes bien, de la falta de definición de un riesgo fisiológico o patológico probable.

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

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

Y, a propósito de ello, la ley no hace depender de una decisión jurídica o judicial la necesidad de un aborto terapéutico, sino, por lo contrario, del consejo de un médico diplomado con fundamento en su ciencia, razón por la cual bastaban, en el caso, las previsiones que, en ese sentido, tomó el Hospital materno-infantil Ramón Sardá frente a la complejidad del caso, al consultar una primera indicación de interrupción del embarazo con su Comité de Bioética (con ello coincide el dictamen del Asesor General Tutelar, punto VI, aunque luego le sume autorizaciones jurídicas). Esa indicación era irrevisable judicialmente desde el punto de vista de la necesidad diagnosticada, salvo casos extremos en los cuales el diagnóstico no pudiera ser avalado de manera racional por conocimientos científicos. Hasta lo que sabemos, ello no es así (cfr. los artículos citados, Diniz, Debora, O aborto seletivo no Brasil, y AA.VV., The infant with anencephaly, y las sentencias del juez Pedro Hoofstede ya citada [Mar del Plata] y de la jueza de familia Adriana B. Rodríguez [Mendoza,

caso n° 25.464/7°, “Laura Rita Martínez” p. medida tutelar -autorización]), aspecto verificado por las propias palabras del Subdirector del Hospital reconociendo que “en otro país del mundo esto se hubiera resuelto porque no hubiese habido dilaciones” (audiencia citada), en clara referencia a los conocimientos médicos y bioéticos puestos de relieve, también, por el Comité de Bioética del Hospital. Un caso judicial regular debería suscitarse frente a la hipótesis contraria: negación de la indicación terapéutica frente a la voluntad de los padres y pedido de que la indicación se establezca, médicamente, en un procedimiento judicial, no así frente al caso actual, en el cual los médicos, con fundamentos, efectuaron la indicación y sólo se niegan a ejecutar aquello que indicaron como necesario. En esta paradoja consiste, precisamente, la decisión a tomar por el Tribunal y, como se verá, la ilegitimidad del acto administrativo que omite la ejecución de lo indicado y le requiere a las personas presuntamente en riesgo un requisito más que la ley no exige: la autorización judicial. Se puede comprender, al menos en este país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley. Con la decisión de no ejecutar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado la responsabilidad, pues si resultara, por ej., que el daño en la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al requerir la autorización judicial, ellos deberán hacer frente a esa imputación. Finalmente, no se puede olvidar que, según la CCBA, 20 y 21, inc. 5, ello constituye una obligación de la Ciudad, dadas las circunstancias (indicación médica y consentimiento de la mujer).

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

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

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

Éste es, por tanto, el derecho constitucional en juego que, a mi juicio, define la situación. Y es en éste contexto en el que adquieren valor el derecho a la salud, tanto física como síquica (CCBA, 20 y 21, inc. 5; ley n° 163, inc. 3), tanto propia como integral de su familia, que invoca la actora, incluso fundado en diversas reglas de convenciones internacionales incorporadas a nuestro Derecho constitucional (CN, 75, inc. 22). Ese derecho de autodeterminación, ejercido aquí responsablemente según indicación médica, sumado a la obligación del Estado de defender la salud (CCBA, 20),

específicamente en el caso (CCBA, 21, inc. 5), determinan la ilegitimidad de la respuesta negativa u omisiva que mereció la decisión de la actora y su cónyuge, sobre todo después de que la indicación efectuada por un médico diplomado y especialista, fue confirmada por el dictamen del Comité de Bioética del Hospital, que ya menciona el “principio bioético de autonomía respecto de las decisiones personales”.

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

## VII

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

Sin duda estoy de acuerdo con prever en el dispositivo de la decisión la posibilidad de una “objección de conciencia” de parte del médico idóneo para practicar el tratamiento o la operación quirúrgica necesaria, del Hospital “Ramón Sardá”, dada la urgencia del caso y la advertencia acerca de la posibilidad de esa circunstancia que aclara el informe del Dr. Illia en la audiencia múltiplemente.

La Jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

### 1. INTRODUCCION

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

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

del ordenamiento positivo y que, por fin, el caso impone una resolución inmediata por el agravamiento continuado del daño que padece la recurrente.

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

## 2. LAS NORMAS

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

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

Así la CCBA dispone: "La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales... Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos... Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia... La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres... Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros, promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas, (...) la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad" (arts. 36, 37 y 38).

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

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia ha ratificado en recientes fallos el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene

la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (CSJN, in re, "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986" del 1/6/2000; e in re "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas" del 24/10/2000).

El desarrollo de modernas tecnologías y los avances del conocimiento científico están acompañados de la aparición de problemas inimaginables hace apenas veinte años, que ponen en crisis muchas de las categorías con las que, desde el derecho, se definían la vida, la muerte, la salud y la enfermedad. El caso que nos ocupa, paradigmáticamente, nunca hubiera llegado a un Tribunal, sin "la invención de las ecografías y diagnósticos por imagen. No se puede soslayar que con anterioridad a la realización de ecografías en mujeres embarazadas, éste era un caso más de un embarazo normal, en el cual, en el momento del alumbramiento, el niño fallecía con gran dolor de sus progenitores", como recuerda la Dra. Weinberg de Roca, en su voto en disidencia del fallo recurrido

### 3. RETRATO DE S. T.

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

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

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

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

S. T. es un ser humano independiente, con una familia, una biografía y un horizonte de proyectos, anhelos y deseos, que describe el proceso de mortificación y angustia en que está sumida como "el más profundo dolor que haya sentido". La intensidad y magnitud del dolor de esa mujer, un dolor que existe y puede ser apreciado, reconocido y tenido en cuenta al momento de resolver este amparo es un hecho evidente que trasciende cualquier clasificación jurídica. Más aún cuando, desde que se interpusiera la acción judicial, el proceso de gestación continúa y supera ya las 28 semanas,

circunstancia por demás relevante para valorar y justificar la pretensión de la amparista (conf. art. 145, último párrafo, CCAyT), quien lo único que procura es un parto prematuro.

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

#### 4. EL FETO ANENCEFÁLICO

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

El Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil Sardá informa el 27/11/00 que "el feto que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina" (fs.58).

El Dr. Ricardo Horacio Illia (subdirector del Hospital Sardá y médico obstetra con especialidad en embarazos de alto riesgo) explicó el 27-11-00 ante la Sala I de la Cámara "que la viabilidad nula que menciona el informe de la comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas" (fs.59 vta.). Agregó que "no existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida en cuanto a inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses", que el "feto se mantiene a un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo (...) al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría. (...) Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. (...) La interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. (...) Se trataría de un parto inmaduro, y a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado." Y concluye (fs.61 vta) calificando "a este embarazo como un accidente en lo relativo a la malformación padecida".

En la misma audiencia la Dra. Prigoshin, letrada de la actora, manifestó que cuando la Sra. T. concurrió al Hospital al principio del embarazo, se le indicó que concurriera al tercer mes, y que al efectuarse la ecografía se detectó el mal que motiva estas actuaciones. Agregó la letrada que, en "este tipo de embarazos, la malformación puede evitarse mediante la administración de ácido fólico, en distintas dosis, según el riesgo que cada caso presente", y el Dr. Illia confirmó esta afirmación (fs.59).

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

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

#### 5. ¿CUÁL ES EL CONFLICTO?

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

Así también se resolvió en los autos "A. K., s/ acción de amparo" (Juzg. Crim. y Corr. N° 3 de Mar del Plata -Rev. J.A. N° 6113 28-10-98): "(...) resulta relevante destacar (...) que a la fecha no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida y de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea autorizada en la presente sentencia -conforme al fundado criterio médico- no afectaría la vida del nasciturus en el supuesto e hipotético caso -ciertamente improbable conforme a las constancias de la causa- que el mismo fuera viable. Consecuentemente tampoco habrá en definitiva conflicto actual entre los principios bioético, de autonomía, beneficencia y justicia (...) Se legitima, inclusive desde el punto

de vista ético la pronta intervención médica tendiente a la inducción del parto, o a la eventual cesárea".

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

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

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

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

Se remite a las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la ley 23.849 por la que aquella fuera aprobada e incorporada al art. 75, inc. 22 CN.

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

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

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

## 6. LA DIMENSIÓN DEL DAÑO PARA UNA MUJER

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

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

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

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

La figura de la mujer embarazada debe ser puesta en primer plano, y no a la sombra de un feto desprovisto de cerebro e incapaz de subsistir por sí sólo. Ante esa escena es pertinente la pregunta acerca de si el orden jurídico obliga a una mujer al sacrificio de llevar a término esa gestación, una gestación “que (la) condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte” (son las propias palabras de la actora), que la convierte en un “féretro ambulante” (Suplicy, Marta, Projeto de lei nº 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diário da Câmara dos Deputados 1996, junho 6:17850, Brasil).

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

Estas son las razones que me llevan a discrepar con los argumentos expuestos por el Gobierno de la Ciudad y por el Sr Asesor Tutelar (fs.148/52 y fs.172/74). S. T. no pide autorización para la realización de una acción prohibida, ni priva al feto que lleva en su vientre de ningún derecho actual o futuro. Pide, en cambio, ser reconocida como un sujeto autónomo y conciente que padece la privación de derechos de los que goza, como persona plenamente capaz que es.

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

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

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

Las piezas del expediente -evaluadas a la luz de las máximas de la experiencia-, constituyen un indicio vehemente del peligro o daño en curso que sufre S. T.. Hay elementos (fs.12/14, 58, 59/61 y 81) suficientes para sostener que su salud está amenazada en forma actual y grave, que el daño psíquico que refiere es, no sólo posible, sino suficientemente probable y que el transcurso del tiempo

intensifica el perjuicio. Quiero subrayar que entre la prueba producida y no objetada figura el dictamen de la Psicóloga Alicia Costa (fs.12/14), quien asistió a la audiencia convocada por la Cómara (fs.59/61), y que, en la misma audiencia, el Dr. Illia sostuvo que "... en orden al daño psicológico concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura".

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

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

#### 7. AMPARO

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

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

En el juicio de amparo no se persigue el resarcimiento del daño, sino restaurar o preservar la situación en que el daño no había comenzado o en la que puede ser evitado. El daño constituye sólo una contingencia, una eventualidad, ya que el presupuesto de una tutela inhibitoria es apenas la probabilidad del ilícito, como acto contrario a derecho. (Luis Guilherme Marinoni, Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito; Revista de Derecho Procesal, n° 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe). Éste es el sentido de los arts 43 de la CN y 14 de la CCBA, en concordancia con el art. 1° del Pacto de San José de Costa Rica. Según el orden constitucional (CN art.43, CCBA art.14), el amparo no es, únicamente una vía de tutela represiva. Es también, con igual fuerza, un medio de tutela jurisdiccional inhibitorio, como ya sostuve en "Sandez, Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expediente n° 482/00, resolución TSJ del 29/11/2000.

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

#### 8. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

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

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

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

En ocasiones como ésta, sin embargo la posibilidad de autorizar se encuentra transferida. La actora dice expresamente en su demanda que el ejercicio de los derechos que invoca no requiere de una

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

Por lo expuesto voto por hacer lugar al amparo interpuesto.

La Jueza Ana M. Conde dijo:

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

El nasciturus no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (conf. fs. 7 e historia clínica, fs. 85 vta.), por lo que su viabilidad extrauterina es nula (conf. 58 y 59/61 vta.). La amparista afirma que la continuación del embarazo en tales condiciones le produce un daño psicológico, que se agrava a medida que continúa la gestación de un ser que ha deseado intensamente pero que, sabe, no podrá sobrevivir fuera el útero materno.

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

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

Tampoco enfrentamos una cuestión cuyo debate pueda ser soslayado por los jueces en razón de tratarse del producto de una decisión inherente a las facultades de discrecionalidad y autonomía propias del ejercicio de la medicina; pues lo que aquí debe determinarse es si la decisión del Director de la Clínica y Maternidad Sardá, de denegar la realización de la intervención requerida por la actora (fs. 81/vta.) resulta acorde a una adecuada interpretación del ordenamiento vigente, a la luz de las garantías establecidas por el sistema constitucional que rige en el ámbito local, tarea jurídica que debe efectuarse, ahora, en estos estrados..

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

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

La literatura médica consultada coincide en que el desenlace de esta enfermedad es, necesaria e ineludiblemente, fatal (“Anencephaly” <http://www.icondata.com/health/pedbase/files/anenceph.htm>; “Babies as organfarms”, [HYPERLINK "http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/athics\\_files/Organ\\_Farms\\_article.htm"](http://www.asfhelp.com/ASF_files/athics_files/Organ_Farms_article.htm) [http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/athics\\_files/Organ\\_Farms\\_article.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/athics_files/Organ_Farms_article.htm); “Things to know about caring for an anencephalic child”, [HYPERLINK](#)

"[http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/miscellaneous\\_files/page2.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/miscellaneous_files/page2.htm)"

[http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/miscellaneous\\_files/page2.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/miscellaneous_files/page2.htm); "Infants with anencephaly as organ sources: Ethical Considerations" HYPERLINK "<http://www.aap.org/policy/04790.html>" <http://www.aap.org/policy/04790.html> y "Management of a Pregnancy with an anencephalic baby", HYPERLINK "<http://www>" [http://www.asfhelp.com/ASF\\_files/medical\\_files/diamond.htm](http://www.asfhelp.com/ASF_files/medical_files/diamond.htm)).

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

El Director de la maternidad solicitó un dictamen del Comité de Bioética del centro asistencial. En ese documento, firmado entre otros sujetos por tres profesionales médicos (un tocoginecólogo, una genetista y un jefe de diagnóstico) se señaló, de modo concluyente, que "El feto, que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina..." y, en razón de ello, de ser solicitado por la madre la interrupción del embarazo como ocurre en autos, no existiría objeción que formular al pedido (informe de fs. 59).

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

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

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

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

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

decisión es la que mejor atiende a una adecuada tutela del derecho constitucional a la salud, entendida como situación de bienestar bio-psíquico y espiritual.

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

El subdirector de la Maternidad Sardá quien es obstetra y manifiesta haber tenido pacientes con cuadros semejantes admite que la situación "...tiene visos de tortura..." (audiencia de fs. 60/62) y, como se expusiera anteriormente, el Comité de Bioética del Hospital hizo saber al Director que consideraba que no existían objeciones al pedido de adelanto de parto formulado por la actora y su esposo; aún cuando claro es que, en razón de lo establecido en el artículo 4° de la ley 24.742 que regula las funciones e integración de los comités de ética hospitalarios tal opinión no resultaba vinculante para el funcionario sanitario.

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

¿Por qué negar o impedir un parto anticipado en aras de la salud materna, si ello no entraña ningún perjuicio para el niño, que ya está condenado a morir y sí conlleva un beneficio para la madre y la familia?. No se trata aquí de terminar una vida, sino de anticipar el nacimiento para preservar a la madre y al grupo familiar de la constante angustia que esta padeciendo. El no sufrir es una forma de salud también; de la salud del alma y el médico no lo es sólo de órganos afectados, sino de un enfermo en su totalidad; de un paciente en su conformación físico-psíquica y espiritual (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos de los pacientes", en "Derechos y garantías en el siglo XXI", pág. 181; obra dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Aída y López Cabana, Roberto, edición del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con la editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 1999).

"...Una mujer portadora de un feto anencefálico está expuesta a que los riesgos del embarazo y proceso de parto se incrementen debido a:...probabilidad importante de polihidramnios, en una relación que oscila entre el 30 y 50% según las series, con todas las complicaciones involucradas tales como: dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, mayor presencia de mal presentaciones, rotura uterina, embolia de líquido amnióticoatonía uterina post parto y desprendimiento normoplacentario..." y "...Los fetos suelen ser grandes y la ausencia de cuello, sumado al pequeño tamaño de la cabeza, hacen que el tronco tienda a penetrar en el canal de parto junto con la cabeza, provocando grave distocia (de Consideraciones éticas acerca del embarazo anencefálico. Comité de ética Hospital privado de la Comunidad mar del Plata 1997, trabajo presentado en las III Jornadas Argentinas y latinoamericanas de Bioética Huerta Grande, 1997;

trabajo presentado por los integrantes de un equipo formado por filósofos, abogados, psicólogos y médicos especialistas en ginecología oncológica y genética, algunos de los cuales reconocen amplia y muy seria trayectoria en el campo de la bioética e integran, como los Dres. Zainer, Abraham y Cecchetto, el Comité Científico de la publicación “Cuadernos de Bioética” de la Editorial Ad Hoc).

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

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

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

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

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

Si evaluamos una solución adecuada para el caso desde la bioética, debemos admitir el amparo requerido, pues con ello se privilegia la salud de la única persona directamente involucrada con posibilidades de sobrevivir, la madre. Si nuestra mirada contempla el panorama del sistema normativo, también esa debe ser nuestra respuesta. En efecto, adviértase que, en el plano infraconstitucional, si nos situáramos ante un caso distinto del presente como podría ser el de aborto y enfrentáramos un grave caso en el que estuviera en juego la supervivencia o la salud de la madre, por un lado, y la del bebé en gestación, por el otro, de así decidirlo aquélla, podría privilegiarse su derecho por sobre el del nasciturus, porque así lo admite la norma contenida en el artículo 86, inciso

primero del Código Penal. ¿Cómo entonces no habríamos de inclinarnos en similar sentido cuando lo que enfrentamos es un supuesto de adelanto de la fecha de parto en un caso en que la criatura no tiene posibilidad alguna de sobrevivir?

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

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

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

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

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

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

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

Por vía de la valoración jurídica efectuada a la luz de los principios de la bioética es que podemos dar solución a conflictos graves como los de aquellas criaturas que nacen con sus cuerpos unidos y que comparten algunos órganos, de modo tal que la separación entraña, necesariamente, la muerte de una de ellas. Cabe recordar que la justicia británica dispuso, en septiembre de este año, separar a Jodie y Mary, dos siamesas nacidas en la ciudad de Manchester, con sacrificio de la vida de una de

ellas, pues compartían el corazón y los pulmones (conf. <http://www.aabioetica.org/embr4.htm>); que en Singapur se efectuó una operación similar en el mes de noviembre, en el caso de dos siamesas nepalesas y que en el mes de septiembre fueron separadas en el Hospital Garrahan, de esta ciudad, Verónica y Soledad, dos hermanitas chaqueñas, si bien en circunstancias favorables para la sobrevivencia de ambas, pues no compartían órganos vitales nobles.

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

La decisión a la que se arriba se entronca en una corriente jurisprudencial que, teniendo en mira el valor supremo de la vida humana, procura dar una respuesta razonable a cuestiones en extremo delicadas como la que nos ocupa en este caso. Más allá de casos extremos como los de las siamesas, en los que la decisión involucra un aspecto trágico para alguno de los sujetos involucrados, diversos son los supuestos en los que los jueces han debido transitar el camino de los principios bioéticos para arribar a una resolución jurídica de los conflictos presentados. Así, ha ocurrido en casos como el de esterilización de una incapaz interdicta (E.D. 176-331); de otorgamiento de una autorización para donar un riñón no obstante divorcio vincular entre donante y receptor habida cuenta del bienestar de la hija menor y los vínculos armoniosos existentes entre ellos (L.L. Buenos Aires, 1995-847, ED 163-973 con nota aprobatoria de Bidart Campos, J.A. 1975-IV-244 con nota aprobatoria de Morello); de autorización a un paciente para negarse a un tratamiento médico mutilante (ED 165-360) con nota aprobatoria de Bidart Campos); de autorización para realizar aborto terapéutico en caso de feto inviable y ligadura tubaria por riesgo en la salud de la madre (J.A. 1998-IV-299, con notas aprobatorias de Tinant y Mainetti); Juzgado de Primera instancia en lo Correccional N° 1 de Paraná, autorizando lisis tubaria en paciente diabética con hipertensión arterial, confirmado por el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos Cuadernos de Bioética 2-3, Ed. Ad Hoc., p.196); en el fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, negando la autorización para someter al paciente a un tratamiento de amputación en contra de su voluntad (Cuadernos de Bioética N°1, p. 171); en el sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se admitiera la objeción de conciencia de un testigo de Jehová para recibir transfusiones sanguíneas (caso Bahamondez, del 6/4/93, E.D. 153-254), y también en el de una sentencia de primera Instancia de Mendoza del 28 de abril de 2000 que, en un caso similar al presente, autorizó la inducción del parto solicitada (Expte 25.464/7).

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

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

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

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

derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen” (inc. n), entre otras disposiciones.

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

En tal sentido, la más autorizada doctrina ha puesto de manifiesto que “las normas de la Constitución no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la Constitución con fuerza normativa (Bidart Campos, “El Derecho a la salud y al amparo”, L.L. 1997-B-227).

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

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

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

El Juez Guillermo A. Muñoz dijo:

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

II. Este caso parece estar signado por las contradicciones.

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

b) En segundo término, el debate no se concretó entre la actora y el Gobierno de la Ciudad quien se limitó a producir el informe requerido dando razón, en lo esencial, a la peticionante sin contestar la demanda. En realidad, la controversia se suscitó entre la amparista y el asesor pupilar quien asumió la defensa del feto anancefálico. Como al optar válidamente por esa posibilidad no requirió que se

designara otro representante para que defendiera los derechos de la hija menor de edad cuyos derechos también están en juego, la defensa de los mismos quedó exclusivamente a cargo de su progenitora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la actualidad los precedentes citados en la sentencia, en su enorme mayoría anteriores a la reforma constitucional de 1994, han sido superados por la propia jurisprudencia (ver entre otros "AK s/ acción de amparo" citado por Hooft, Pedro F. "Bioética y Derechos Humanos", edit. Depalma p. 234/245; Tercera Cámara de Mendoza in re "Doña Mónica Alejandra c/ O.S.E.P. s/ acción de amparo" del 20/03/00; Séptimo juzgado de familia de Mendoza in re "Laura Rita Martínez P./ medida tutelar - autorización" de 28/4/00).-

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

1) la Sra. T. acompañó al pedido efectuado ante las autoridades hospitalarias un informe psicológico que expresa que ya sufre un daño en su salud psíquica y que el daño será mayor cuanto mayor sea el tiempo de estar padeciendo el acontecer traumático (fs. 12/14). La Administración hospitalaria contó con varios meses para efectuar un psico-diagnóstico de la interesada que le permitiera refutar con base cierta las afirmaciones que ella presentó. Sin embargo, no lo hizo.-

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

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

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

resulta contradictorio con los antecedentes con que el propio hospital contaba respecto al riesgo para la salud psíquica de la peticionante.-

Por tales razones, voto por:

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

El Juez José O. Casás, en disidencia, dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad articulado por la amparista (fs. 141/142) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario que por mayoría rechazó su pretensión (fs. 127/136), en mi concepto, no satisface el requisito de adecuada fundamentación, siendo por tanto inhábil para habilitar la intervención de este estrado.

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

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

En las condiciones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido por el “a quo”, tal cual lo propicia la Procuración General de la Ciudad (fs. 158/160), en alguna medida el Asesor Tutelar que vino interviniendo en la causa (fs. 148/155), y el Asesor General Tutelar (fs. 172/174).

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

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

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

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

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

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

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

No es que el feto según la decisión que se adopte haya de morir o vivir en definitiva es consustancial al género humano su condición mortal, más allá de que algunos asignemos al espíritu naturaleza trascendente, sino que la práctica médica tenga el efecto de provocar o adelantar su muerte, en una suerte de paradójica y temprana eutanasia, mediante un proceder criminalizado por el Código Penal, excepción hecha, en lo que aquí interesa, claro está, respecto del “aborto terapéutico”.

Tampoco podrá argumentarse en el “sub examine” que la práctica médica solicitada encuentra sustento legal en la previsión incorporada por el art. 23, incs. a) y d) de la ley n° 24.193, ya que la muerte cerebral se refiere a una hipótesis fáctica diversa presumiendo el desenlace para la ablación de órganos cadavéricos, mientras que en la presente causa la inducción al parto o la cesárea prematura producirán, en cambio, la anticipación de una muerte incontrastable para el feto.

6. Las constancias del expediente acreditan unívocamente la conclusión que se preanuncia en el punto anterior, y la acabada comprensión de la madre de tal hecho, ya que la petición se dirige a la “interrupción del embarazo” más allá que la anticipación de tal alumbramiento producirá en el acto médico, o con posterioridad inmediata a él, la inevitable muerte de la criatura. Así se señala que el pedido administrativo a los profesionales del Hospital era “que me realizaran un parto inducido o lo que el médico estimara como un medio más adecuado para dar fin a este embarazo que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte” (fs. 15 vta.); se agrega luego, que como el hospital “no accedió, me veo obligada a recurrir a esta vía solicitándole a V.S. la autorización para anticipar el parto o interrumpir el embarazo ... ante la existencia de gravísimas malformaciones en el feto que descartan su nacimiento con vida” (fs. 16); para continuar: “cuando a una mujer se le niega la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico se violan derechos humanos fundamentales” (fs. 16); finalizando al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el asesor tutelar con motivo del avocamiento de la Cámara para sustanciar el amparo, “no quiero abortar para no tener un hijo, sino para no enloquecer” (fs. 108 de una queja agregada por cuerda. En todos los casos el énfasis ha sido añadido).

Desde el punto de vista de los profesionales médicos hasta hoy intervinientes, tal apreciación se corrobora en las manifestaciones vertidas en la audiencia convocada por la Cámara de Apelaciones

como medida de mejor proveer el 27 de noviembre del año en curso. Así el doctor Ricardo Horacio Illia, médico obstetra y subdirector del Hospital Sardá, al abordarse el tema para el cual fue convocado dejó constancia que el aborto es una prescripción médica que sólo se da “ante la muerte del feto o una situación de enfermedad que pudiera considerarse riesgo inminente para el feto y/o la madre” (fs. 59 vta.); agregando que el marco legal actual no contempla tal situación para el “sub examine” a pesar que producido el nacimiento, la viabilidad de la criatura es nula ya que “supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas”, remarcando “menos de 12 horas” (fs. 59 vta.). También sostuvo el profesional: “No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar nueve meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto en lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y todas sus estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso, un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Existe la posibilidad de que la prolongación del embarazo cause patologías sobrevenientes como en cualquier embarazo” (fs. 59 vta.). Más adelante, el subdirector del Hospital agregó “que la ortodoxia médica no permite una práctica como la pedida en la demanda” (fs. 60 vta.); no “induciría un embarazo, por no estar autorizado legalmente, si no media indicación, aún tratándose de un embarazo maduro” (fs. 60 vta.), ya que tal proceder “puede generar su responsabilidad” (fs. 60 vta.) por el impedimento legal, lo que permite concluir “que ningún galeno en la República tomaría tal decisión” (fs. 61. En todos los casos el destacado me pertenece).

A su vez, en la nota n° 2.689/HMIRS/00, del 1° de diciembre de 2000, suscripta por el doctor Juan D. Argento, director interino del Hospital Sardá, agregada al informe del art. 8 de la ley n° 16.986, en lo que aquí interesa, consigna: “4. Sin perjuicio de considerar las consistentes fundamentaciones éticas, morales, etc. expresadas en el petitorio, se considera que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado, ya que nuestra legislación en este caso es muy clara en lo referido a la posibilidad por parte de los profesionales médicos de interrumpir un embarazo en curso, limitándose únicamente al llamado ‘aborto necesario o terapéutico’, es decir el practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios menos dañosos, debiendo su práctica ser indispensable para la salud de la madre, debiéndose tener en cuenta además que esta indispensabilidad queda librada al criterio del o los profesionales intervinientes” (fs. 81. El énfasis ha sido agregado).

7. Con meridiana elocuencia el Sr. Fiscal General, Dr. José Luis Mandalunis, al evacuar la vista ordenada por el Tribunal (fs. 175/178), transita el mismo desarrollo argumental, tomando en cuenta las particularidades propias del caso, en los siguientes términos:

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

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

El deber de la progenitora resulta, en efecto, del derecho a la vida que se le reconoce a toda persona, a partir del momento de su concepción (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En nuestro derecho infraconstitucional se refuerza esa protección con el reconocimiento de la calidad de persona al niño por nacer con independencia de su viabilidad (art. 70 y 72 del Código Civil) y con la penalización del aborto (art. 85 y ss. del Código Penal).

“En el caso particular que se analiza sabemos que el adelantamiento del parto traerá como consecuencia necesaria la muerte del niño a las pocas horas de su nacimiento debido a su anencefalia. También hay certeza de que lo mismo ocurriría si nace a término. Entonces cabe la pregunta sobre cual es la diferencia si de todos modos un niño anencefálico nunca podría vivir mas de doce horas fuera del seno materno. Opino que la distinción radica en que, de continuar el

embarazo, el feto, en cuanto persona, vivirá unos meses más y, conforme al marco normativo señalado, ese tiempo de vida intrauterina está garantizado como derecho a la vida” (fs.177/177 vta. El énfasis ha sido añadido).

8. Valga remarcar la prioridad jerárquica que siempre se ha asignado al derecho a la vida frente a otros derechos humanos receptados y protegidos en todo Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho. Así nuestro Tribunal cimero in re: “Claudia Graciela Saguir y Dib” (Fallos: 302:1284), sentencia del 6 de noviembre de 1980, tuvo en cuenta que era el “derecho a la vida” lo que estaba fundamentalmente en juego en esa causa, “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”; criterio que, si bien sin el énfasis de calificarlo como derecho natural, se reiteró en la doctrina del Alto Tribunal en las causas: “María del Carmen Baricalla de Cisilotto v. Nación Argentina” (Fallos: 310:112), sentencia del 27 de enero de 1987, y A.186, Libro XXIV: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986”, sentencia del 1º de junio de 2000 (Énfasis agregado).

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

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

A lo hasta aquí expuesto cabe agregar que la protección de la vida de los concebidos y no nacidos posee en nuestro ordenamiento jurídico rango constitucional a partir de la elevación a tal jerarquía, en el año 1994, de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de la Nación mediante la ley n° 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, con reserva y declaración, conforme a su art. 2º en el sentido que, para la República Argentina, “... se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...” (Énfasis agregado), lo cual obliga a recordar que el rango constitucional asignado a las declaraciones, convenciones, pactos y tratados sobre Derechos Humanos, conforme al art. 75 inc. 22 de nuestra Ley Suprema, lo ha sido “en las condiciones de su vigencia”, y por ende, con sus reservas y declaraciones complementarias. A igual conclusión se arriba a partir del inc. 23 del mismo artículo constitucional, puesto que mal puede caber una prestación asistencial del niño y de la madre “desde el embarazo”, sino es partiendo de idéntica premisa.

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

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

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

“Ahora los invito a que nos traslademos a la Facultad de Medicina de París, Francia, donde había un famoso médico, Philip Leyer, alrededor de quien los alumnos se agrupaban para escucharlo porque no sólo era una eminencia sino un pozo de ciencia y verdad. El presentó el siguiente caso para que aquéllos hicieran un diagnóstico. La historia clínica era la siguiente: Padre tuberculoso, madre con muy mala salud, tres abortos, tienen un hijo ciego, otro sordo y un tercero con serias deficiencias mentales. ‘¿Qué consejo médico darían?’ Les preguntó. Al unísono contestaron: ¡Que aborte! Entonces Leyer se levantó y les dijo: ‘Señores, acaban ustedes de matar a Beethoven’.

“Aplausos.

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

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

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

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

9. Partiendo de las consideraciones precedentes el “valor vida” y el “valor salud” como los correlativos derechos subjetivos, se encuentran en planos jerárquicamente diferentes ante la indiscutible primacía del primero (v. Luciano Parejo Alfonso “Constitución y valores del ordenamiento”, Capítulo V: “Los valores y el orden de valores en y del ordenamiento jurídico del Estado”, páginas 117 y ss., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990). Ello así, la tensión entre la protección del niño con vida solo intrauterina, y la salud de la madre, con indiscutibles padecimientos psíquicos que afectan su salud, pero que pueden ser conjurados con una adecuada contención psicológica o psiquiátrica, hasta la superación del duelo desencadenado por el infortunio (conf. declaración del Dr. Ricardo Horacio Illía, en la audiencia del 27 de noviembre próximo pasado, fs. 61), debe resolverse, al menos en este estado, en favor de la supervivencia del primero. Más aún, cuando según las constancias de la causa ponderadas por los jueces del tribunal “a quo” que han conformado la mayoría, no se advierten peligros físicos para la madre mayores a los de todo parto ante una situación que puede considerarse estable hasta el desencadenamiento natural del nacimiento (fs. 130 vta., voto del Dr. Balbín al que adhirió el Dr. Centanaro).

10. La situación de dolor, angustia y padecimiento que de seguro experimenta la madre actora en estas actuaciones y la familia en su conjunto me han afligido profundamente al redactar y fundar este voto, ya que resulta a menudo aparentemente desproporcionado pretender de terceros, en la sencillez de su vida cotidiana, la asunción de actitudes heroicas en nombre de la defensa de valores constitucionales cuando, frente a los mismos, pocos pueden estar seguros de poder acatar con

ejemplaridad los mandatos legales o los imperativos éticos de cada quien, sobre todo si les toca en su hora atravesar una situación semejante a la que se ventila en autos.

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

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

Es por ello, que habida cuenta de las circunstancias comprobadas de la causa, no corresponde al Tribunal ordenar en este estado al Hospital Sardá la realización de las prácticas médicas que se peticionan inducción al parto o intervención quirúrgica y cesárea prematura. De todos modos, frente a la no punibilidad del “aborto terapéutico” y que éste consiste en una operación que se ubica en una zona frontera en la cual los límites entre lo prohibido y reprochado penalmente, y lo lícito jurídica y profesionalmente, dependen de la ponderación médica criteriosa al momento mismo de conjurar, a menudo con urgencia, un peligro para la vida o la salud de la madre, que no puede ser evitado por otros medios, corresponde hacer saber al establecimiento sanitario de la Ciudad, que tal alternativa no ha quedado absolutamente vedada, pues no es del caso judicializar “ex ante” el arte de curar mediante autorizaciones improcedentes por estar la conducta despenalizada o prohibida restando eficacia y burocratizando las decisiones que a menudo deben adoptarse en un quirófano.

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

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

Así lo voto.

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

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

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

3º) La autorización otorgada para la intervención médica se extiende a los profesionales médicos del Hospital mencionado o a aquéllos que determine la Dirección del Hospital o el Gobierno de la Ciudad Autónoma. La intervención autorizada se realizará conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes, con las reglas de la lex artis, y según el criterio que determine el equipo

terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico-médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria (arts. 14 bis, 19, 33, 43, 75, inciso 22 y 23, de la CN y concordantes de la CCBA).

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

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

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

7°) Notificar esta sentencia en el día, con habilitación de hora y día inhábil y con carácter urgente a las partes, al Fiscal General y al Asesor Tutelar General.

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

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

10°) Imponer las costas por su orden, en atención a la complejidad y naturaleza de la cuestión, y al hecho de que el Gobierno de la Ciudad se limitó a presentar el informe del art. 8 de la ley 16.986, sin contestar demanda (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

CERTIFICO que la presente es copia fiel del texto de la sentencia dictada en el expediente n° 715/00, el día 26/12/00 y suscripta por los Jueces Conde, Muñoz, Maier, Ruiz y Casás, donde se reemplazó el nombre de la actora por la sigla "S.T." o "T." según el caso y el de su hija por la sigla "S.A." o "S".

Sin relaciones definidas